DANIEL AMORIM
ASSUMPÇÃO NEVES

MANUAL DE PROCESSO COLETIVO

NO NOVO CPC

INCLUI

- Princípios do Processo Coletivo
- Competência
- Legitimidade
- Coisa Julgada
- Liquidação de Sentença
- Execução
- Inquérito Civil
- Prescrição e Decadência
- Tutela de Urgência
- Espécies de Ações Coletivas
- Recorribilidade

4ª edição | revista atualizada ampliada

EDITORA JUSPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

DANIEL AMORIM
ASSUMPÇÃO NEVES

MANUAL DE PROCESSO COLETIVO

VOLUME ÚNICO

4ª edição | revista atualizada ampliada

2020

EDITORA JUSPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Rua Território Rio Branco, 87 – Pituba – CEP: 41830-530 – Salvador – Bahia
Tel: (71) 3045.9051
• Contato: https://www.editorajuspodivm.com.br/sac

Copyright: Edições *Jus*PODIVM

Conselho Editorial: Eduardo Viana Portela Neves, Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

Capa: Rene Bueno e Daniela Jardim *(www.buenojardim.com.br)*

Diagramação: Lupe Comunicação e Design *(lupecomunicação@gmail.com)*

* A Editora *JusPODIVM* passou a publicar esta obra a partir da 3.ª edição.

N511m Neves, Daniel Amorim Assumpção.
Manual de processo coletivo: volume único / Daniel Amorim Assumpção Neves – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.
560 p.

Bibliografia.
ISBN 978-85-442-2514-1

1. Direito Processual Civil. 2. Processo Coletivo. I. Neves, Daniel Amorim Assumpção. II. Título.

CDD 341.46

Todos os direitos desta edição reservados à Edições *Jus*PODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições *Jus*PODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

À minha querida avó Olga Amorim, escritora, poetisa valorosa
e avó carinhosa e única. Como singela homenagem,
sua bibliografia resumida e um haicai de sua autoria:

Ipês amarelos
Anúncio da primavera
O sol vence a chuva.

Poeta olha o céu
No céu estrela cadente
Pedido mental.

No cair da tarde
Nuvem de passarinhos
Coreografia.

Livros publicados
Dedos de prosa
Passa poesia
Olho d'água
Aventura do sapo Januário
Voo de libélulas
Revoada
O sopro de agosto...

PRINCIPAIS PREMIAÇÕES

2º prêmio – 1º concurso
Haicai Brasileiro – São Paulo – 1997;

Prêmio – Publicação
XIV Antologia Poética – Hélio Pinto Ferreira – 2002;

Haicai – 5º lugar – Troféu
25º São Paulo – Sendai Tanabata Matsuri – 2003;

Caderno Zashi, *Jornal Nippo-Brasil*
São Paulo – SP – Classificada entre os 10 melhores trabalhos de 2003;

VII Festival do Japão
Concurso de Haicai – 2005 – 4ª colocação;

23º Concurso Literário
Yoshio Takemoto Haicais – Menção honrosa – 2006;

Poesia livre – Prêmio Especial
25º Concurso literário – Yoshio Takemoto – 2007 – São Paulo – SP.

NOTA DO AUTOR À 4.ª EDIÇÃO

Além da atualização jurisprudencial e de alguns retoques de conteúdo, a 4ª edição do *Manual de Processo Coletivo* traz duas grandes novidades.

Já havia sentido a necessidade de desenvolver, ainda que nos limites de um Manual, o tema dos "processos estruturais" ou "processos estruturantes". Apesar de não estarem limitados ao processo coletivo, é indubitável sua relevância quando a demanda coletiva tem como objetivo a implementação de políticas públicas.

Outro tema que já vinha me chamando a atenção há algum tempo, e que também não é exclusivo da tutela coletiva, ainda que nela tenha grande relevância, é a participação da Defensoria Pública no processo como *custos vulnerabilis*. Nesse ponto, agradeço o diálogo mantido por mensagens e troca de textos com os processualistas-defensores públicos Jorge Bheron Rocha (DPE/CE) e Maurílio Casas Maia (DPE/AM).

Espero que o leitor aproveite a leitura!

NOTA DO AUTOR À 3.ª EDIÇÃO

Nesta terceira edição, o *Manual de Processo Coletivo* teve que ser reescrito em razão do Novo Código de Processo Civil.

Ainda que o único dispositivo que tratava de forma expressa de processo coletivo em tal diploma legal tenha sido vetado (conversão da ação individual em ação coletiva), é inegável que há reflexos no processo coletivo.

Nessa realidade, houve a necessidade de adaptação de praticamente todos os capítulos do presente livro.

Além da devida atualização, realizei uma profunda revisão e atualização jurisprudencial, fornecendo ao leitor o que há de mais atual em nossos tribunais superiores a respeito do processo coletivo.

Espero que a obra atenda à sua finalidade, que é fomentar a discussão sobre o tema.

APRESENTAÇÃO

Apresentar uma nova obra de Daniel Amorim Assumpção Neves é, para mim, uma renovada alegria. Anteriormente, eu já tivera a oportunidade de prefaciar seu livro sobre o árduo tema da competência no Direito Processual Civil, obra que já alcançou merecido lugar de destaque na literatura sobre o tema. Agora, encarrego-me de apresentar seu mais novo livro, este *Manual de Processo Coletivo*.

Neste livro, depois de uma breve referência ao Direito Comparado e à evolução histórica do processo coletivo, o autor trata do relevante tema da tutela jurisdicional coletiva, apresentando-o como manifestação da tutela jurisdicional diferenciada, que já foi apontada por relevantes doutrinadores como uma das maiores conquistas científicas do Direito Processual Civil da segunda metade do século XX. Em seguida, e após uma descrição da legislação vigente no Brasil para tratar do tema, Daniel Amorim Assumpção Neves fala sobre as diversas espécies de processo coletivo, analisando institutos como a ação popular, o mandado de segurança coletivo, a ação de improbidade administrativa, o mandado de injunção coletivo e os processos de controle abstrato da constitucionalidade, acolhendo a distinção, proposta originariamente por Gregório Assagra de Almeida, entre *processo coletivo comum* e *processo coletivo especial*.

Apresenta o autor, em seguida, uma profunda análise dos princípios que regem o processo coletivo, os quais são responsáveis por conferir harmonia ao microssistema tratado nesta obra, servindo como vetores hermenêuticos para o intérprete.

Há, depois, um importantíssimo capítulo dedicado ao exame dos direitos tuteláveis por meio dos processos coletivos, em que o autor analisa e diferencia os diversos interesses supraindividuais. Trata, em seguida, da competência, tema no qual – como tive a oportunidade de dizer antes – já se tornou uma das mais reconhecidas autoridades brasileiras.

Logo na sequência, há um importante capítulo dedicado ao estudo da legitimidade para as demandas coletivas. Este é, certamente, um dos temas mais relevantes do Direito Processual Coletivo, e a ele Daniel Amorim Assumpção

Neves dedica todo o esforço necessário para torná-lo palatável ao leitor. Reconhece o autor que a legitimidade ativa para as demandas coletivas é *extraordinária*, não sem enfrentar a polêmica a respeito da necessidade ou não de se adotar, para o Direito Processual Coletivo, a figura da legitimidade autônoma para a condução do processo.

Examina, então, em seguida, todos os legitimados ativos para as demandas coletivas, enfrentando todas as polêmicas existentes sobre tão relevante assunto.

Trata a obra, depois, da relação entre o processo coletivo e o processo individual, além de examinar a relevante participação do Ministério Público no processo coletivo. Daniel Amorim Assumpção Neves examina, em seguida, como se manifestam, no processo coletivo, o litisconsórcio e a intervenção de terceiros, examinando aí, também, a participação do *amicus curiae*, sujeito cuja participação é extremamente importante para a ampliação do contraditório e, por conseguinte, da legitimação democrática do resultado do processo coletivo.

Posteriormente, dedica-se o autor ao exame de aspectos procedimentais diferenciados e dos meios de impugnação das decisões proferidas no processo coletivo, para, imediatamente após, tratar da coisa julgada, tema que – ao lado da legitimidade das partes – ocupa posição especialíssima no microssistema do processo coletivo. Há, ainda, espaço dedicado à liquidação de sentença e à execução, assim como à tutela de urgência e aos meios alternativos de resolução de conflitos.

Os últimos capítulos do livro se dedicam a examinar aspectos ligados ao custo econômico do processo, ao inquérito civil, ao moderníssimo tema do processo coletivo passivo e à prescrição e decadência.

Daniel Amorim Assumpção Neves brinda, assim, a comunidade processual e jurídica brasileira com mais uma obra que se destina a marcar época entre nós. E se é indubitável que o Brasil ocupa posição de destaque no cenário internacional em matéria de processos coletivos, a obra de Daniel Amorim Assumpção Neves se destina a ultrapassar fronteiras, ajudando todos os operadores a compreender melhor o funcionamento do sistema processual coletivo.

Este *Manual* aparece em momento extremamente importante para o Direito Processual Brasileiro. Vivemos em uma época de profundas transformações, em que se elabora um novo Código de Processo Civil. E não se pode negar que, nos dias de hoje, com a massificação de conflitos e a repetição de processos em série, impõe-se uma difusão cada vez maior da cultura da coletivização do processo e da tutela jurisdicional. Para isso, é fundamental que as novas gerações de juristas e de profissionais do Direito e do Processo tenham conhecimento de todas as potencialidades do Direito Processual Coletivo. E a obra de Daniel Amorim Assumpção Neves, escrita em linguagem simples e acessível – mas sem perder a densidade ou comprometer a qualidade –, certamente servirá para divulgar ainda mais este tema tão importante.

Toda a comunidade jurídica brasileira está, hoje, de parabéns por ganhar este presente: um *Manual de Processo Coletivo* moderno, atualizado, apto a contribuir para a melhoria da sociedade brasileira.

Rio de Janeiro, setembro/2012

Alexandre Freitas Câmara

Desembargador no TJRJ.

Professor de Direito Processual Civil da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Internacional de Direito Processual.

PREFÁCIO

É voz corrente na academia e no foro que um dos principais males que assolam o Sistema de Justiça brasileiro é o da inaptidão do processo e do Poder Judiciário para a tutela dos direitos. Afinal, além de o Poder Judiciário não ser capaz de solucionar todos os processos que lhe são submetidos em tempo razoável, mesmo após a prolação da decisão, os instrumentos processuais capazes de satisfazer o direito da parte vencedora são, muitas vezes, insuficientes para evitar ou reparar os danos causados.

Certamente, muito dessa culpa é do modelo de processo e de Justiça Civil que temos no Brasil. Nitidamente formatados para a tutela de conflitos individuais, as leis processuais e o Poder Judiciário ainda não são capazes de solucionar, a contento, conflitos relativos a direitos metaindividuais (difusos e coletivos) ou de satisfazer direitos individuais de modo coletivo (molecularmente). Apesar dos inegáveis avanços conquistados neste temário com o advento das Leis 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública) e 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), e de tantos outros diplomas que vieram a compor aquilo que se tem nominado *microssistema processual coletivo*, ainda há muito a se evoluir.

Na verdade, o que parece ainda não ter restado muito claro para boa parte dos operadores do Direito no Brasil (e, também, para a classe política) é que a solução da crise do Judiciário e do processo passa, necessariamente, pelo aperfeiçoamento e ampliação do modelo de tutela jurisdicional coletiva, antes, ainda, do aperfeiçoamento do processo individual.

Não que não tenham certa importância o debate e a construção de um novo Código de Processo Civil para a solução de conflitos individuais (algo que ocorre no presente momento), mas muito mais importante do que isso seria o debate em torno da construção de uma verdadeira legislação processual coletiva brasileira, a modernizar o processo coletivo e a permitir que o Poder Judiciário ou os representantes da coletividade pudessem, por meio de uma ou algumas poucas ações coletivas, tutelar adequada e eficazmente não só os direitos difusos e coletivos, mas também os direitos individuais de centenas de milhares de pessoas (demandas individuais repetidas).

Por isso, recebi com enorme alegria a notícia de que o meu colega da Rede LFG/Anhanguera, Professor Doutor DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, estava dedicando-se a estudar e a elaborar um *Manual de Processo Coletivo*, alegria que foi redobrada quando recebi o convite para prefaciar a obra.

Pois, de fato, ao produzir um *Manual* que alia profundidade, clareza e didática, o autor contribui não só para a exata compreensão do fenômeno processual coletivo por estudantes e profissionais do Direito, mas especialmente para a difusão do conhecimento da disciplina, algo indispensável para conscientizar a todos da importância que o processo coletivo deve assumir no Sistema de Justiça brasileiro.

A obra aborda praticamente todo o conteúdo da nominada teoria geral do processo coletivo. Passa pela construção histórica do processo coletivo e da legislação vigente, apresentando, ainda, as espécies e o objeto do processo coletivo (direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos); os princípios referentes ao tema; as regras de competência e coisa julgada das ações coletivas; a relação delas entre si e com as demandas individuais de objeto correspondente ou decorrente; a legitimidade coletiva e os aspectos processuais e procedimentais diferenciados; as tutelas de urgência no âmbito coletivo; o inquérito civil; os meios alternativos de solução dos conflitos metaindividuais; a prescrição e a decadência das demandas (*sic*) coletivas.

Além disso, o autor, ao desenvolver seu pensamento, não deixou de chamar, quando entendeu necessário, a atenção para particularidades de algumas ações coletivas com regime diferenciado, como é o caso do mandado de segurança coletivo e da ação civil de improbidade administrativa.

Temas polêmicos também não foram negligenciados pela fina pena do autor: a ação coletiva passiva e seus desdobramentos; o controle, pelo Judiciário, das políticas públicas; a problemática da coisa julgada nas ações coletivas (especialmente para a tutela dos interesses individuais homogêneos) e da legitimidade ativa para a propositura da ação (representação adequada); a competência para o julgamento da ação civil de improbidade administrativa – entre tantos outros – mereceram competente tratamento.

Contudo, o que realmente chama a atenção no *Manual de Processo Coletivo*, do Professor DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, é o fato de ele não apresentar uma obra puramente neutra. Embora sempre seja revelado o panorama jurisprudencial e doutrinário de todos os temas tratados, em momento algum deixou o autor de externar seu posicionamento (muitas vezes crítico e diverso do nosso) a respeito dos assuntos tratados, algo que engrandece profundamente o debate e torna a obra referencial.

O que me resta a fazer, então, é cumprimentar o autor pela qualidade do produto que ora é apresentado à comunidade jurídica, de indiscutível utilidade

para a academia, para as lides forenses e para aqueles que se preparam para os mais diversos concursos públicos. Certamente este *Manual* seguirá o mesmo sucesso de público e de crítica dos demais trabalhos do festejado autor.

São Paulo, setembro/2012

Fernando da Fonseca Gajardoni

Professor Doutor de Direito Processual Civil e Coletivo
da Faculdade de Direito da USP – Ribeirão Preto (FDRP-USP)
e do programa de Mestrado em Direitos Difusos e Coletivos
da UNAERP (Universidade de Ribeirão Preto).

Doutor e Mestre em Direito Processual pela
Faculdade de Direito da USP (FD-USP).

Membro da comissão de juristas nomeada pelo
Ministério da Justiça que elaborou o PL 5.139/2009
(Nova Lei de Ação Civil Pública).

Juiz de Direito no Estado de São Paulo.

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS 31

1. BREVE HISTÓRICO 35
   1.1. Países da família da *civil law* 35
   1.2. Países da família da *common law* 36
   1.3. Evolução do processo coletivo no Brasil 37

2. TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA 39
   2.1. Introdução 39
   2.2. Origem da tutela jurisdicional coletiva 41
   2.3. Microssistema coletivo 43
      2.3.1. Conceito 43
      2.3.2. Casuística 47
   2.4. Marcos legislativos 50

3. LEGISLAÇÃO VIGENTE 55
   3.1. Introdução 55
   3.2. Lei das Pessoas Portadoras de Deficiência (Lei 7.853/1989) 55
   3.3. Lei de Defesa dos Investidores do Mercado de Valores Mobiliários (Lei 7.913/1989) 57
   3.4. Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) 58
   3.5. Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992) 60
   3.6. Estatuto do Torcedor (Lei 10.671/2003) 66
   3.7. Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) 67
   3.8. Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016/2009) 69
   3.9. Lei de Defesa da Ordem Econômica (Lei 12.529/2011) 70
   3.10. Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) 72
   3.11. Lei do Mandado de Injunção (Lei 13.300/2016) 76

4. ESPÉCIES DE PROCESSO COLETIVO 81

4.1. Processo coletivo comum ... 81
4.1.1. Introdução ... 81
4.1.2. Ação popular ... 83
4.1.2.1. Hipóteses de cabimento ... 83
4.1.2.2. Ilegalidade e lesividade do ato administrativo ... 88
4.1.3. Mandado de segurança coletivo ... 90
4.1.3.1. Requisitos comuns de cabimento do mandado de segurança individual e coletivo ... 90
4.1.3.2. Direitos tuteláveis pelo mandado de segurança coletivo ... 93
4.1.4. Ação de improbidade administrativa ... 94
4.1.4.1. Patrimônio público e moralidade administrativa ... 94
4.1.4.2. Natureza civil da ação de improbidade administrativa ... 94
4.1.5. Ação civil pública ... 96
4.1.6. Mandado de injunção coletivo ... 97
4.2. Processo coletivo especial ... 98
4.2.1. Introdução ... 98
4.2.2. Ação direta de inconstitucionalidade ... 99
4.2.3. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão ... 100
4.2.4. Ação declaratória de constitucionalidade ... 101
4.2.5. Ação de descumprimento de preceito fundamental ... 102
4.2.5.1. Objeto da impugnação ... 102
4.2.5.2. Caráter subsidiário ... 106
4.3. Processos pseudocoletivos (ações pseudocoletivas) ... 107
4.4. Ações pseudoindividuais ... 108

5. PRINCÍPIOS DO PROCESSO COLETIVO ... 115
5.1. Acesso à ordem jurídica justa ... 115
5.2. Princípio da participação ... 119
5.3. Ativismo judicial ... 121
5.3.1. Sistemas processuais dispositivo e inquisitivo ... 121
5.3.2. Sistema processual no processo coletivo e poderes do juiz ... 122
5.3.3. Processo coletivo e a implementação de políticas públicas ... 125
5.3.4. Dever do juiz na prática de atos processuais (prazos impróprios) ... 129
5.4. Contraditório ... 132
5.5. Economia processual ... 135
5.6. Interesse no julgamento de mérito ... 137
5.6.1. Princípio de teoria geral do processo ... 137
5.6.2. Especificamente o processo coletivo ... 139

5.6.2.1. Introdução ... 139
5.6.2.2. Sucessão na hipótese de ilegitimidade ativa ... 139
5.6.2.3. Fungibilidade ... 140
5.6.2.4. Cumulação de pedidos na ação de improbidade administrativa ... 143
5.6.3. Interesse no melhor julgamento de mérito possível ... 144
5.7. Disponibilidade motivada ... 145
5.8. Obrigatoriedade de promoção da defesa dos direitos coletivos *lato sensu*? ... 151
5.9. Obrigatoriedade da execução ... 152
5.10. Não taxatividade da tutela coletiva ... 154
5.11. Competência adequada ... 156

6. DIREITOS TUTELADOS PELO MICROSSISTEMA COLETIVO ... 159
6.1. Direitos ou interesses? ... 159
6.2. Direito difuso ... 161
6.3. Direito coletivo ... 163
6.4. Direitos individuais homogêneos ... 165
6.5. Direitos individuais indisponíveis ... 168
6.6. Identidades e diferenças entre os direitos coletivos *lato sensu* ... 171

7. COMPETÊNCIA ... 175
7.1. Introdução ... 175
7.2. Competência da Justiça brasileira ... 176
7.3. Competência originária dos tribunais superiores e órgãos atípicos ... 177
7.3.1. Processo coletivo especial ... 177
7.3.2. Ação popular e ação civil pública ... 177
7.3.3. Ação de improbidade administrativa ... 178
7.3.4. Mandado de injunção coletivo ... 180
7.3.5. Mandado de segurança coletivo ... 181
7.3.6. Processo de impedimento ... 181
7.4. Competência de Justiça Especializada ... 181
7.5. Competência da Justiça Comum ... 182
7.6. Regra de competência absoluta ... 185
7.6.1. Competência absoluta: funcional ou territorial? ... 185
7.6.2. Local do dano ... 186
7.6.3. ECA e Estatuto do Idoso ... 189
7.6.4. Mandado de segurança coletivo ... 189
7.6.5. Ação popular ... 190
7.6.6. Ação de improbidade administrativa ... 192

7.7. Competência de juízo ... 193

8. LEGITIMIDADE ... 195

8.1. Espécies de legitimidade ... 195
8.2. Legitimados ativos ... 197
8.2.1. Cidadão ... 197
8.2.2. Ministério Público ... 202
8.2.3. Associação ... 207
8.2.3.1. Introdução ... 207
8.2.3.2. Constituição nos termos da lei civil há pelo menos um ano ... 208
8.2.3.3. Pertinência temática ... 209
8.2.3.4. Representação adequada (*adequacy of representation*) ... 210
8.2.3.4.1. Introdução ... 210
8.2.3.4.2. Sistema *ope iudicis* (*common law*) ... 211
8.2.3.4.3. Sistema *ope legis* (*civil law*) ... 212
8.2.3.4.4. Situação atual no Brasil ... 214
8.2.3.5. Legitimidade extraordinária ou representação processual? ... 215
8.2.4. Pessoas jurídicas da administração pública ... 218
8.2.5. Defensoria Pública ... 220
8.3. Legitimação ativa no mandado de segurança coletivo ... 229
8.4. Legitimação ativa na ação de improbidade administrativa ... 232
8.4.1. Introdução ... 232
8.4.2. Pessoa jurídica interessada ... 232
8.4.3. Ministério Público ... 234
8.5. Processo coletivo especial ... 236
8.6. Legitimados passivos ... 240
8.6.1. Introdução ... 240
8.6.2. Ação popular ... 241
8.6.3. Ação de improbidade administrativa ... 243
8.6.4. Mandado de segurança coletivo ... 244
8.6.5. Legitimação passiva no processo coletivo especial ... 248
8.7. Legitimação bifronte da pessoa jurídica de direito público ... 251
8.7.1. Ação popular ... 251
8.7.2. Ação de improbidade administrativa ... 253
8.8. Classificação da legitimidade e litisconsórcio ... 255

9. RELAÇÃO ENTRE A AÇÃO COLETIVA E INDIVIDUAL ... 257

9.1. Introdução ... 257

9.2. Litispendência ... 257
9.3. Conexão e continência ... 259
9.3.1. Conceito ... 259
9.3.2. Objetivos pretendidos com a reunião de ações conexas ... 260
9.3.3. Obrigatoriedade ou facultatividade na reunião de processos em razão da conexão ... 261
9.3.4. Matéria de ordem pública ... 262
9.3.5. Especificamente na relação entre ação coletiva e individual ... 262
9.4. Suspensão do processo individual ... 264
9.5. Extinção do processo individual ... 266

10. PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ... 269

10.1. Parte ... 269
10.1.1. Polo ativo ... 270
10.1.2. Polo passivo ... 270
10.1.3. Litisconsórcio ... 272
10.2. Fiscal da Ordem Jurídica ... 272
10.2.1. Mandado de segurança coletivo ... 274
10.2.2. Ação popular ... 275
10.3. Sucessão processual ... 279

11. LITISCONSÓRCIO E INTERVENÇÃO DE TERCEIROS ... 281

11.1. Litisconsórcio ... 281
11.2. Litisconsórcio no polo ativo ... 282
11.2.1. Facultativo ... 282
11.2.2. Unitário ... 283
11.2.3. Litisconsórcio ativo ulterior? ... 284
11.2.3.1. Processo coletivo comum ... 284
11.2.3.2. Processo coletivo especial ... 287
11.3. Litisconsórcio no polo passivo ... 289
11.3.1. Introdução ... 289
11.3.2. Ação popular ... 289
11.3.3. Ação de improbidade administrativa ... 290
11.4. Indivíduo como "litisconsorte" nas ações coletivas de direito individual homogêneo ... 291
11.5. Intervenção de terceiros ... 293
11.6. Assistência ... 294
11.6.1. Assistência simples ... 294
11.6.2. Assistência litisconsorcial ... 295

11.7. Denunciação da lide ... 296
11.7.1. Denunciação da lide no Código de Defesa do Consumidor ... 297
11.7.1.1. Introdução ... 297
11.7.1.2. Razões da vedação legal ... 297
11.7.1.2.1. Introdução ... 297
11.7.1.2.2. Retardamento procedimental ... 298
11.7.1.2.3. Nova causa de pedir em razão da denunciação da lide ... 300
11.7.1.2.4. Abrangência da vedação legal ... 302
11.8. Chamamento ao processo ... 303
11.8.1. Espécie atípica de chamamento ao processo ... 303
11.8.1.1. Ação diretamente proposta contra a seguradora ... 304
11.9. *Amicus curiae* ... 305
11.9.1. Introdução ... 305
11.9.2. Interesse institucional ... 306
11.9.3. Requisitos ... 307
11.9.4. Aspectos procedimentais ... 309
11.10. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica ... 310
11.10.1. Introdução ... 310
11.10.2. Momento ... 312
11.10.3. Procedimento ... 312
11.10.4. Forma de defesa do sócio (ou da sociedade na desconsideração inversa) ... 315
11.10.5. Recorribilidade ... 318
11.10.6. Fraude à execução ... 319

12. RELAÇÃO ENTRE AÇÕES COLETIVAS ... 321
12.1. Introdução ... 321
12.2. Conexão e continência ... 322
12.2.1. Conceito e efeito ... 322
12.2.2. Determinação do juízo prevento ... 323
12.2.3. Prejudicialidade externa ... 324
12.3. Litispendência e seu efeito ... 325
12.4. Limitação territorial do art. 16 da LACP ... 327
12.5. Indevida confusão entre continência e litispendência parcial ... 328

13. MEIOS DE IMPUGNAÇÃO ... 331
13.1. Recursos e sucedâneos recursais ... 331
13.2. Cabimento ... 332

13.2.1. Introdução ... 332
13.2.2. Ação popular ... 333
13.2.3. Mandado de segurança coletivo ... 334
13.2.4. Processo coletivo especial ... 335
13.3. Legitimidade recursal ... 337
13.3.1. Introdução ... 337
13.3.2. Ação popular ... 338
13.3.3. Mandado de segurança coletivo ... 339
13.4. Efeitos ... 340
13.4.1. Introdução ... 340
13.4.2. Ação civil pública ... 340
13.4.3. Ação popular ... 342
13.5. Desistência e renúncia ... 344
13.6. Reexame necessário ... 348
13.6.1. Introdução ... 348
13.6.2. Ação popular ... 349
13.6.3. Mandado de segurança coletivo ... 350
13.7. Ação rescisória ... 351
13.7.1. Introdução ... 351
13.7.2. Processo coletivo comum ... 353
13.7.3. Processo coletivo especial ... 354
13.8. Pedido de suspensão de segurança ... 356

14. COISA JULGADA ... 363
14.1. Introdução ... 363
14.2. Coisa julgada *secundum eventum probationis* ... 363
14.3. Coisa julgada *secundum eventum litis* ... 368
14.4. Limitação territorial da coisa julgada ... 370
14.5. Coisa julgada na ação de improbidade administrativa ... 374
14.6. Coisa julgada no mandado de segurança coletivo ... 375

15. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA ... 379
15.1. Conceito de liquidez e obrigações liquidáveis ... 379
15.2. Natureza jurídica da liquidação ... 380
15.3. Legitimidade ativa ... 382
15.4. Competência ... 382
15.5. Espécies de liquidação de sentença ... 384
15.6. Direito difuso e coletivo ... 386

15.7. Direito individual homogêneo 386
15.8. Liquidação individual das sentenças de direito difuso e coletivo 387

16. EXECUÇÃO 389
16.1. Introdução 389
16.1.1. Processo de execução e cumprimento de sentença 389
16.1.2. Execução por sub-rogação e indireta 392
16.2. Legitimidade ativa 398
16.3. Direitos difusos e coletivos 400
16.4. Direitos individuais homogêneos 401
16.4.1. Introdução 401
16.4.2. Execução por *fluid recovery* 401
16.4.3. Legitimidade 405
16.5. Regime jurídico das despesas e custas processuais 407

17. TUTELA PROVISÓRIA 409
17.1. Introdução 409
17.2. Tutela antecipada 411
17.3. Liminar 414
17.3.1. Processo coletivo comum 417
17.3.2. Mandado de segurança coletivo 419
17.3.2.1. Natureza jurídica 419
17.3.2.2. Prestação de garantia para a concessão da liminar 421
17.3.2.3. Comunicações 422
17.3.2.4. Vedação à concessão de liminares 423
17.3.2.5. Efeitos da liminar 423
17.3.2.6. Perempção ou caducidade da liminar 425
17.4. Cautelar 427
17.4.1. Processo coletivo comum 427
17.4.2. Cautelares nominadas na Lei de Improbidade Administrativa 428
17.4.2.1. Introdução 428
17.4.2.2. Indisponibilidade de bens 429
17.4.2.2.1. Natureza jurídica 429
17.4.2.2.2. Atos de improbidade e indisponibilidade 431
17.4.2.2.3. Legitimidade ativa 432
17.4.2.2.4. Objeto da garantia 434
17.4.2.2.5. Limites impostos ao ato de constrição 436
17.4.2.2.6. Forma de pedido de indisponibilidade 438

17.4.2.2.7. Concessão liminar de medida cautelar 439
17.4.2.2.8. Requisitos para a concessão 440
17.4.2.2.9. Prazo para a propositura da ação principal 441
17.4.2.3. Sequestro 443
17.4.2.3.1. Natureza jurídica 443
17.4.2.3.2. Atos de improbidade e sequestro 446
17.4.2.3.3. Legitimidade ativa 446
17.4.2.3.4. Objeto de constrição 447
17.4.2.3.5. Limites impostos ao ato de constrição 447
17.4.2.3.6. Forma do pedido de sequestro 448
17.4.2.3.7. Concessão liminar 448
17.4.2.3.8. Requisitos para a concessão 449
17.4.2.3.9. Prazo para a propositura da ação principal 449
17.4.2.4. Afastamento provisório do cargo, emprego ou função 450
17.4.2.4.1. Natureza jurídica 450
17.4.2.4.2. Requisitos para a concessão 451
17.4.2.4.3. Tempo de duração 452
17.4.2.4.4. Sujeitos passivos da medida 453
17.4.2.4.5. Excepcionalidade do pedido 454
17.4.3. Processo coletivo especial 455
17.4.3.1. Ação direta de inconstitucionalidade 455
17.4.3.2. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão 459
17.4.3.3. Ação declaratória de constitucionalidade 461
17.4.3.4. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 462
17.5. Tutela da evidência 464
17.5.1. Introdução 464
17.5.2. Hipóteses de cabimento 465
17.5.2.1. Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu 465
17.5.2.2. Fato provável e tese jurídica pacificada nos tribunais superiores 467
17.5.2.3. Prova documental em ação reipersecutória 468
17.5.2.4. Prova documental sem prova do réu capaz de gerar dúvida razoável ao juiz 469
17.5.3. Procedimento 469

18. MEIOS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS 471
18.1. Introdução 471
18.2. Jurisdição 471

18.3. Equivalentes jurisdicionais ... 472
18.3.1. Autotutela ... 472
18.3.2. Autocomposição ... 473
18.3.2.1. Diferentes espécies ... 473
18.3.2.2. Termo de ajustamento de conduta ... 475
18.3.2.3. Instrumentos extrajudiciais semelhantes ao Termo de Ajustamento de Conduta ... 480
18.3.2.4. Transação durante o processo coletivo ... 481
18.3.2.5. Vedação expressa à transação na Lei de Improbidade Administrativa ... 482
18.3.3. Mediação ... 483
18.3.4. Arbitragem ... 485
18.3.4.1. Generalidades ... 485
18.3.4.2. Cabimento na tutela coletiva ... 487
18.3.4.2.1. Introdução ... 487
18.3.4.2.2. Vedação expressa à arbitragem no Código de Defesa do Consumidor ... 487

19. GRATUIDADE ... 489
19.1. Introdução ... 489
19.2. Isenção de adiantamento ... 489
19.3. Condenação em verbas de sucumbência ... 493

20. INQUÉRITO CIVIL ... 497
20.1. Introdução ... 497
20.2. Natureza jurídica do inquérito civil ... 498
20.2.1. Introdução ... 498
20.2.2. Legitimação exclusiva do Ministério Público ... 498
20.2.3. Facultatividade ... 499
20.2.4. Formalidade restrita (inquisitoriedade) – o problema do contraditório ... 500
20.2.5. Publicidade mitigada ... 502
20.2.6. Autoexecutoriedade ... 503
20.3. Procedimento preparatório ... 504
20.4. Procedimento ... 505
20.4.1. Introdução ... 505
20.4.2. Instauração ... 506
20.4.3. Indeferimento do requerimento de instauração do inquérito civil ... 507
20.4.4. Instrução ... 509

20.4.5. Audiência pública ... 512
20.4.6. Arquivamento ... 513
20.4.7. Recomendações ... 515
20.5. A importância da aproximação entre o inquérito civil e as cautelares probatórias – o valor e a carga da prova produzida ... 516

21. PROCESSO COLETIVO PASSIVO ... 519
21.1. Situações jurídicas coletivas passivas ... 519
21.2. Situações jurídicas coletivas ativas e passivas ... 520
21.3. Situações jurídicas coletivas passivas e processo coletivo passivo ... 521
21.3.1. Introdução ... 521
21.3.2. Dificuldades práticas na adoção do processo coletivo passivo ... 522
21.3.2.1. Legitimidade ... 522
21.3.2.2. Coisa julgada ... 523
21.3.2.3. Demais questões processuais ... 525
21.4. Ações coletivas passivas originais e derivadas: indevida confusão ... 528

22. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA ... 531
22.1. Introdução ... 531
22.2. Decadência ... 532
22.2.1. Mandado de segurança coletivo ... 532
22.2.2. Habilitação individual em sentença coletiva de direito individual homogêneo ... 533
22.3. Prescrição ... 534
22.3.1. (Im)prescritibilidade da pretensão de ressarcimento de danos ao Erário ... 534
22.3.2. Ação popular ... 534
22.3.3. Ação de improbidade administrativa ... 536
22.3.4. Ação civil pública ... 538
22.4. Prescrição da pretensão individual ... 539
22.4.1. Pretensão de conhecimento ... 539
22.4.2. Pretensão executiva ... 540

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ... 542

LISTA DE ABREVIATURAS

ACO – Ação Civil Originária
ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Ag – Agravo
AgRg – Agravo Regimental
AI – Agravo de Instrumento
AO – Ação Originária
APn – Ação Penal
AR – Agravo Regimental
ARE – Ação Rescisória
AREsp – Agravo em Recurso Especial
CAC – Compromisso de Ajustamento de Conduta
CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CC – Código Civil
CDC – Código de Defesa do Consumidor
CF – Constituição Federal
CLT – Consolidação das Leis do Trabalho
CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público
CPC – Código de Processo Civil
CPP – Código de Processo Penal
CVM – Comissão de Valores Mobiliários
DJ – Diário da Justiça

DJe – Diário da Justiça Estadual
ECA – Estatuto da Criança e Adolescente
EDcl – Embargos de Declaração
EREsp – Embargos de Divergência no Recurso Especial
E-RR – Embargos em Recurso de Revista
FDD – Fundo de Direito Difusos
HC – *Habeas Corpus*
INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial
j. – julgado em
LACP – Lei da Ação Civil Pública
LAP – Lei da Ação Popular
LC – Lei Complementar
LEF – Lei de Execução Fiscal
LIA – Lei de Improbidade Administrativa
LMS – Lei do Mandado de Segurança
LOMPU – Lei Orgânica do Ministério Público da União
LONMP – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público
MC – Medida Cautelar
Min. – Ministro(a)
MS – Mandado de Segurança
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
Pet – Petição
QO – Questão de Ordem
RE – Recurso Extraordinário
rel. – Relator (a)
REsp – Recurso Especial
RHC – Recurso em *Habeas Corpus*
RIOBDPPP – Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal
RMS – Recurso em Mandado de Segurança
RR – Recurso de Revista
SLS – Suspensão de Liminar e de Sentença

SS – Suspensão de Segurança
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TAC – Termo de Ajustamento de Conduta
TJ – Tribunal de Justiça
TRF – Tribunal Regional Federal
TST – Tribunal Superior do Trabalho

1

BREVE HISTÓRICO

Sumário: 1.1. Países da família da *civil law* – 1.2. Países da família da *common law* – 1.3. Evolução do processo coletivo no Brasil.

1.1. PAÍSES DA FAMÍLIA DA *CIVIL LAW*

Segundo entendimento da melhor doutrina, a origem da tutela coletiva nos países de tradição romano-germânica, que adotam em sua maioria o sistema da *civil law*, se confunde com a origem das ações populares existentes no direito romano[1].

Não obstante ser a regra na *actio romana* a existência de um direito individual e pessoal, já identificado na provocação inicial, as chamadas ações populares eram aceitas como exceção a essa regra, admitindo-se que um cidadão buscasse tutela não por um direito somente seu, mas de toda a coletividade. Como àquela época não estava totalmente definido o conceito de Estado, criou-se uma singular relação do cidadão com a *res publica*, que auxilia a compreensão da admissão excepcional da ação popular romana. Para os romanos, *a res publica* era de todos os cidadãos, ou seja, todos os integrantes do povo eram considerados coproprietários dos bens públicos, de forma que a ação judicial que visava a proteção de tais bens, quando ajuizada por um indivíduo, apesar de vincular a todos os demais, era entendida como pretensão em defesa de direito próprio do cidadão-autor[2].

No início, a ação popular romana voltava-se a pretensões predominantemente de caráter penal, com pedidos de caráter inibidor da conduta lesiva e com a cominação de multa ou alguma espécie de pena pecuniária a ser adimplida por parte do transgressor. Com o desenvolvimento do instituto, a ação popular

[1] Leonel, *Manual*, p. 40; Assagra, Direito, p. 41.
[2] Mancuso, *Ação*, pp. 39-41.

romana passou a tutelar cada vez mais situações de direito transindividual, ainda que fortemente relacionada à defesa das coisas públicas e de caráter sacro. Ações *pro libertate*, para a defesa da liberdade, *pro tutela*, na defesa de interesses do pupilo, e *ex lege Hostilia*, para proteção dos bens de ausente vítima de furto, eram ações que se justificavam pelo interesse geral no cumprimento da lei, o que demonstra a natureza transindividual dos interesses tutelados[3].

Com a queda do Império Romano, as *actiones populares* do direito romano não resistiram ao direito bárbaro, permanecendo não aplicáveis durante o período feudal, sem ressonância nas monarquias absolutistas, tampouco no direito canônico. Significa que o direito intermédio representou um período sombrio para as ações coletivas, sendo apontado pela doutrina como marcos do renascimento da ação popular a Lei Comunal, de 30 de março de 1836, na Bélgica, e a Lei Comunal, de 18 de julho de 1837, da França, que teriam servido de base para a ação popular eleitoral italiana de 1859[4].

1.2. PAÍSES DA FAMÍLIA DA *COMMON LAW*

A doutrina aponta a origem das ações coletivas na Inglaterra medieval do século XII, onde é possível identificar alguns grupos sociais litigando em conjunto por meio da representação de seus líderes[5]. As ações coletivas medievais tinham como características a defesa em juízo do direito de membros de uma comunidade, que compartilhavam entre si tal direito, o que pode ser apontado como a origem das ações coletivas modernas que têm como base a tutela de direitos difusos e coletivos[6].

Já no século XVII os tribunais de equidade (*courts of equity* ou *courts of chancery*), ao perceberem os inconvenientes de exigir a presença de todos os interessados no processo – até mesmo os de fato – para que a decisão pudesse atingir a todos (*compulsory joinder rule* ou *necessary parties rule*), criaram o *bill of peace*, de forma a permitirem ações representativas (*representative actions*), que podem ser consideradas a origem remota da *class action* norte-americana[7], ação coletiva voltada à tutela de direitos individuais homogêneos[8].

As ações representativas só eram admitidas quando o número de interessados gerasse um litisconsórcio em número tão excessivo que tornasse impossível, ou ao menos impraticável, sua reunião no processo[9]. Assim, um dos sujeitos que fazia parte do grupo poderia defender o interesse de todos em juízo, representando o interesse dos membros ausentes.

[3] Leonel, *Manual*, pp. 44-46.
[4] Assagra, *Manual*, p. 346.
[5] Mendes, Ações coletivas, pp. 43-45; Gidl, A class, p. 42.
[6] Leal, Ações, pp. 24-25.
[7] Gidl, A class, pp. 41-42; Leonel, Manual, p. 61.
[8] Leal, Ações, p. 25.
[9] Mendes, Ações coletivas, p. 47; Dinamarco, Ação, p. 25; Gidl, A class, p. 42.

1.3. EVOLUÇÃO DO PROCESSO COLETIVO NO BRASIL

A primeira ação coletiva reconhecida no Brasil, muito por influência do direito português, foi a ação popular. A doutrina entende que a ação popular vigorou no período imperial e início da República, durante a vigência das Ordenações do Reino, considerando-se a possibilidade de defesa de bens de uso comum pelo cidadão. Para alguns, estaria inclusive consagrada no art. 157 da Carta do Império de 1824[10]. Com o advento do Código Civil de 1916, mais precisamente em razão de seu art. 76, a doutrina majoritária passou a entender que o sistema jurídico brasileiro não mais admitia a ação popular, ainda que vozes isoladas continuassem a defender a sobrevivência dessa ação coletiva[11].

Em 1934, a ação popular foi incluída expressamente na Constituição Federal, por meio do art. 113, § 38, para 3 anos depois ser suprimida pela Constituição de 1937, vindo a ser restabelecida pelo art. 141, § 38, da Constituição de 1946, mantendo-se em todas as Constituições subsequentes (art. 150, § 31, da CF de 1967; art. 153, § 31, da ECF de 1969 e na atual CF em seu art. 5º, LXXIII).

No campo infraconstitucional, também se considera a Lei de Ação Popular como a primeira a tratar da tutela de direito difuso, no distante ano de 1965. A partir dela, várias outras foram agregadas ao nosso ordenamento jurídico, formando atualmente o microssistema coletivo. A descrição das leis infraconstitucionais que versam sobre processo coletivo é feita no Capítulo 3.

[10] Alves, *Manual*, p. 68.
[11] Mancuso, *Ação*, pp. 52-54.

2

TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA

Sumário: 2.1. Introdução – 2.2. Origem da tutela jurisdicional coletiva – 2.3. Microssistema coletivo: 2.3.1. Conceito; 2.3.2. Casuística – 2.4. Marcos legislativos.

2.1. INTRODUÇÃO

É tradicional a utilização do termo "tutela coletiva" no dia a dia forense e acadêmico, mas nem sempre tal uso considera com a devida precisão seu significado. Na maioria das vezes, inclusive, o termo é adotado para designar uma espécie de tutela jurisdicional cujo objeto é um direito coletivo *lato sensu*, e nesse caso seria até mais adequado o nome "tutela jurisdicional coletiva".

Para a exata compreensão do tema é imprescindível que se determine primeiramente o significado de "tutela jurisdicional". Por tutela jurisdicional entende-se a proteção prestada pelo Estado quando provocado por meio de um processo, gerado em razão da lesão ou ameaça de lesão a um direito material. Como se pode notar desse singelo conceito, a tutela jurisdicional é voltada para tutela do direito material, daí ser correta a expressão "tutela jurisdicional de direitos materiais", empregada por parcela da doutrina.

Como existem crises de diferentes naturezas, é natural que o sistema crie e disponibilize às partes diferentes formas de tutelas jurisdicionais, com procedimentos distintos e objetivos próprios. De qualquer forma, apesar dessa diversidade, havendo uma ameaça ou uma violação a direito, o Estado é provocado – o instrumento de provocação é o processo –, e, quando há uma solução a crise jurídica descrita, tem-se a concessão de uma tutela jurisdicional do direito material.

A tutela jurisdicional pode ser dividida de diferentes formas, bastando para tanto que se adotem diferentes critérios. Assim, tem-se a distinção entre jurisdição voluntária e contenciosa, penal e civil, preventiva e ressarcitória, comum e específica etc. Essas classificações, que têm importância meramente acadêmica, considerando-se

a unidade da jurisdição, sempre dependerão do critério escolhido pela doutrina, não sendo diferente com a classificação distintiva existente entre tutela jurisdicional individual e coletiva, que adota como critério a espécie de direito material tutelado.

A tutela jurisdicional individual é a tutela voltada à proteção dos direitos materiais individuais, sendo fundamentalmente regulamentada pelo Código de Processo Civil, além, é claro, de diversas leis extravagantes, tais como a Lei de Locações, Lei dos Juizados Especiais, Lei de Execução Fiscal etc. A tutela jurisdicional coletiva, entretanto, não se resume à tutela de direitos coletivos, ainda que admitida a expressão "*direitos coletivos* lato sensu" para designar as espécies de direito material protegidas por essa espécie de tutela.

Dessa forma, a tutela coletiva deve ser compreendida como uma espécie de tutela jurisdicional voltada à proteção de determinadas espécies de direitos materiais. A determinação de quais sejam esses direitos é tarefa do legislador, não havendo uma necessária relação entre a natureza do direito tutelado e a tutela coletiva. Significa que mesmo direitos de natureza individual podem ser protegidos pela tutela coletiva, bastando para isso que o legislador expressamente determine a aplicação desse tipo de sistema processual – microssistema coletivo – a tais direitos. Essa parece ser a opção do sistema pátrio, ainda que parcela da doutrina teça críticas a tal ampliação do âmbito de aplicação da tutela coletiva[1].

Conforme mais detalhadamente examinado no item 6.4, é exatamente o que ocorre com o direito individual homogêneo, que, apesar da natureza individual, é objeto de tutela coletiva por expressa previsão do Código de Defesa do Consumidor. O mesmo ocorre com os direitos individuais indisponíveis do idoso, criança e adolescente, desde que a ação coletiva seja promovida pelo Ministério Público, conforme devidamente analisado no item 8.2.2.

As variadas espécies de direito material protegidas pela tutela coletiva, tanto de natureza transindividual (difuso e coletivo) como de natureza individual (individual homogêneo e indisponíveis em situações excepcionais), não desvirtuam a tutela jurisdicional coletiva porque, apesar de limitada a determinados direitos, a tutela jurisdicional coletiva é una, sendo aplicada a todos eles de maneira basicamente indistinta. É natural que existam algumas particularidades que devem ser sempre consideradas no caso concreto[2], mas nunca aptas a desvirtuar o núcleo duro dessa espécie de tutela jurisdicional. Significa que, apesar de alguma influência em decorrência da espécie de direito tutelado, as principais regras que compõem o microssistema coletivo serão aplicadas a todas as ações coletivas, independentemente da espécie de direito material tutelado.

A tutela jurisdicional coletiva, portanto, nada mais é que um conjunto de normas processuais diferenciadas (espécie de tutela jurisdicional diferenciada[3]), distintas daquelas aplicáveis no âmbito da tutela jurisdicional individual. Institutos

[1] Zavascki, Processo, pp. 40-41.
[2] Zavascki, Processo, p. 40.
[3] Leonel, Manual, n. 4.10, p. 147.

processuais como a competência, a conexão e a continência, legitimidade, coisa julgada, liquidação da sentença etc., recebem na tutela coletiva um tratamento diferenciado, variando o grau de distinção do tratamento recebido pelos mesmos institutos no Código de Processo Civil.

Por tutela diferenciada volta-se o processualista às exigências do direito material apresentadas no caso concreto. Nota-se que, apesar de serem ciências autônomas, o direito processual e o direito material estão ligados de maneira indissociável, servindo o processo como instrumento estatal de efetiva proteção ao direito material. Como as várias crises de direito material têm diversas particularidades, é necessário percebê-las, adequando-se o procedimento no caso concreto para que a tutela jurisdicional seja efetivamente prestada com a qualidade que dela se espera. Tutela jurisdicional diferenciada, assim, representa a adoção de procedimentos e técnicas procedimentais diferenciadas à luz das exigências concretas para bem tutelar o direito material[4].

Estudar a tutela jurisdicional coletiva é, portanto, estudar as formas e institutos processuais presentes no processo coletivo. O direito material difuso e coletivo em um maior grau e, mesmo com menor intensidade, o direito individual homogêneo têm uma riqueza incontestável, mas serão tratados no presente trabalho somente de forma subsidiária, naquilo que interessarem de forma mais direta à criação e ao desenvolvimento do processo coletivo. O presente livro é, portanto, um livro de direito processual civil coletivo.

2.2. ORIGEM DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA

Ainda que se mantenha a conclusão de que os direitos protegidos pela tutela coletiva são aqueles que o legislador determinar, esperando-se, naturalmente, que se faça criterioso juízo de oportunidade e conveniência ao se incluir nessa espécie de tutela um direito de natureza individual, sob pena de desvirtuamento da tutela coletiva, é preciso reconhecer que essa espécie de tutela, no momento de sua criação, era voltada exclusivamente aos direitos transindividuais. Somente em um momento posterior passa a também tutelar os direitos individuais violados ou ameaçados de violação por atos de grande escala (direito individual homogêneo). E, por fim, os direitos individuais indisponíveis em limitadas situações expressamente consagradas em lei.

Direitos materiais transindividuais de diferentes naturezas passam a ser protegidos pela tutela coletiva, não se limitando tal forma de tutela aos direitos materiais civis. No direito tributário, eleitoral e trabalhista existem ações coletivas, havendo até mesmo doutrina que defende a natureza coletiva da ação penal condenatória. Fala-se, inclusive, em direito penal supraindividual, no qual se tutelam bens jurídicos coletivos[5].

[4] Armelin, *Tutela*, p. 45; Cruz e Tucci, *Ação*, pp. 14-15; Bedaque, *Direito*, p. 33.
[5] Didier-Zaneti, Curso, p. 44.

Independentemente da natureza do bem da vida tutelado, e por consequência do ramo do Direito, será admissível falar em tutela coletiva. De qualquer maneira, entendo que continua intocável a ideia de que essa espécie de tutela coletiva estará destinada aos direitos materiais que o legislador pretender tutelar dessa forma diferenciada. Insisto, entretanto, que a origem da tutela coletiva está associada aos direitos de natureza transindividual, sendo a ampliação do objeto da tutela uma opção do legislador, certamente satisfeito com os resultados práticos gerados pelo novo sistema criado.

Esse desenvolvimento da tutela coletiva é compreensível. Os direitos transindividuais não podem ser efetivamente protegidos pela tutela individual, a qual, no Brasil, está essencialmente prevista no sistema processual criado pelo Código de Processo Civil. Sem as devidas adaptações de alguns institutos processuais, notadamente da legitimidade ativa e da coisa julgada[6], a efetiva tutela dessas espécies de direito material seria inviável. Daí a necessidade imprescindível de formação de um novo sistema, da criação e disponibilização às partes de uma nova espécie de tutela, chamada de tutela coletiva.

Não foi a inviabilidade de proteção por meio da tutela individual que levou os direitos individuais homogêneos para o âmbito da tutela coletiva, mas uma opção de política legislativa fundada em variadas razões, como devidamente exposto no item 6.4. O direito individual homogêneo, por exemplo, é tradicionalmente admitido como tutelável pela tutela coletiva diante dos multifacetários obstáculos existentes para sua efetiva proteção no âmbito da tutela individual. Ainda assim, é inegável que tal espécie de direito pode ser protegido pela tutela individual, o que, inclusive, ocorre até hoje, com a existência de diversas ações individuais que poderiam ser substituídas por uma ação coletiva fundada em direito individual homogêneo.

O que se pretende deixar claro é que a tutela coletiva é absolutamente imprescindível para a proteção de direitos difusos e coletivos, e sem ela jamais poderão ser devidamente atendidos com a aplicação da tutela individual. Nos direitos individuais – homogêneos ou indisponíveis de determinados sujeitos – a tutela individual é abstratamente apta a tutelar o direito, ainda que na prática, em razão dos inúmeros obstáculos existentes, seja altamente recomendável a aplicação da tutela coletiva.

Fazendo uma analogia, valer-se da tutela individual para a proteção de um direito transindividual é o mesmo que exigir que a parte esvazie uma piscina com um garfo. A tarefa, naturalmente, será impossível de ser cumprida. No direito individual – homogêneo ou indisponível de determinados sujeitos – disponibiliza-se uma colher para a parte esvaziar a mesma piscina. Será difícil, trabalhoso, cansativo e demorado, mas a tarefa pode ser cumprida. Aplicar a tutela coletiva nesses direitos é permitir que a parte abra o ralo da piscina, o que fará com

[6] Zavasckl, Processo, p. 35.

que água escoe de maneira mais rápida e eficaz, obtendo-se o esvaziamento da piscina em menor tempo, com menos esforço e de forma mais eficiente.

A urgência na criação de uma nova forma de tutela para proteger os direitos transindividuais é explicada corretamente pela doutrina como forma de atender o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Consagrado pelo art. 5º, XXXV, da CF ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"), o princípio da inafastabilidade tem dois aspectos: a relação entre a jurisdição e a solução administrativa de conflitos e o acesso à ordem jurídica justa, que dá novos contornos ao princípio, firme no entendimento de que a inafastabilidade somente existirá concretamente por meio do oferecimento de um processo que efetivamente tutele o interesse da parte titular do direito material. Interessa ao presente estudo o segundo aspecto.

O que realmente significa dizer que nenhuma lesão ou ameaça a direito deixará de ser tutelada jurisdicionalmente? Trata-se da ideia de "acesso à ordem jurídica justa", ou, como preferem alguns, "acesso à tutela jurisdicional adequada". Segundo lição corrente na doutrina, essa nova visão do princípio da inafastabilidade encontra-se fundada em quatro ideais principais, verdadeiras vigas mestras do entendimento[7]: acesso ao processo, ampla participação, decisões com justiça e eficácia das decisões.

Interessa à presente análise a primeira dessas vigas mestras. O acesso ao processo dos direitos transindividuais seria impossível com a aplicação do sistema criado para a tutela individual. E, nesse sentido, o princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrada constitucionalmente seria flagrantemente desrespeitado. A única forma de fazer valer concretamente o princípio constitucional nesse caso, portanto, seria – como foi – com a criação da tutela coletiva.

Ainda que de maneira mais difícil, demorada e cara, para os direitos individuais atualmente protegidos pela tutela coletiva não é concebível falar em impossibilidade de tutela por meio do sistema criado pela tutela individual. Conforme já afirmado, os obstáculos são tantos e tão significativos, entretanto, que sacrificam ou tornam extremamente difícil o acesso ao processo, de modo que a inclusão de tal espécie de direito no microssistema coletivo também pode ser explicada como efetivação do princípio do acesso à ordem jurídica justa.

2.3. MICROSSISTEMA COLETIVO

2.3.1. Conceito

A ideia de criação de microssistema foi muito bem desenvolvida no campo do direito material, sendo os estudos mais aprofundados sobre o tema apresentados por civilistas. Também em outros campos do direito material, tais como o

[7] Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria*, pp. 39-41.

direito trabalhista e penal, existem estudos e aplicação da ideia de microssistema. Acredito que até mesmo no direito processual tal ideia não se limita à tutela coletiva, havendo doutrina, por exemplo, que fala em microssistema processual criado pelas três leis que regulamentam os Juizados Especiais (Lei 9.099/1995; Lei 10.259/2001; Lei 12.153/2009)[8].

A pluralidade de normas processuais que regulamentam a tutela coletiva no direito pátrio é algo que naturalmente complica sua aplicação no caso concreto, com discussões muitas vezes acaloradas sobre qual norma aplicar. É um problema que poderia ter sido resolvido, mas a opção legislativa não seguiu o desejo da maior parte da doutrina especializada.

Existe um Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, aprovado nas Jornadas do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, na Venezuela, em outubro de 2004. Contribuíram para a elaboração desse Código Modelo especialistas ibero-americanos de diversos países, sendo brasileiros Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Antonio Gidi e Aluísio de Castro Mendes. Como o próprio nome sugere, entretanto, trata-se apenas de um modelo, que serve, quando muito, para comparação com o direito vigente em nosso país. De qualquer forma, trata-se de compilação em um só Código de todas as normas processuais da tutela coletiva.

Certamente influenciados pelo Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, teve início em território nacional um movimento para a elaboração de um Código de Processo Civil coletivo. Depois de muitas idas e vindas, o projeto, que desistiu da ideia originária de um novo Código e passou a propor uma revisão substancial da Lei 7.347/1985, para que passasse a ser o diploma processual coletivo (Projeto de Lei 5.139/2009), foi rejeitado na Comissão de Constituição e Justiça[9], sendo interposto recurso do relator e de outros deputados contra tal decisão. Finalmente, em 17 de março de 2010, o projeto de lei foi rejeitado pela Câmara dos Deputados.

Esse brevíssimo histórico é importante porque demonstra que houve uma tentativa legislativa de reunião de todas – ou ao menos da maioria – as normas processuais da tutela coletiva em um só diploma legal. Ocorre, entretanto, que esse objetivo não foi alcançado, de forma que, atualmente, o sistema processual de tutela coletiva está espalhado por inúmeras leis, o que exige do intérprete o reconhecimento de que o microssistema de processo coletivo resulta da reunião de normas distribuídas por tais leis.

Registre-se, antes de tudo, que o termo microssistema coletivo não é tranquilo na doutrina, havendo aqueles que preferem falar em minissistema[10] e outros, em sistema único coletivo[11]. São diferentes nomenclaturas para praticamente o

[8] Câmara, Juizados, pp. 3-5.
[9] Grinover, Código, pp. 35-39.
[10] Grinover, Código, p. 33.
[11] Gomes Jr. e Favreto, Anotações, pp. 530-531.

mesmo raciocínio, de modo que a adoção de uma ou de outra não gera qualquer repercussão prática relevante. Prefiro o termo "microssistema coletivo" por ser o mais utilizado, sendo, inclusive, consagrado no Superior Tribunal de Justiça[12]. O mais importante é a definição de como as leis que compõem o microssistema se relacionam e como este se relaciona com o Código de Processo Civil.

São inúmeras as leis que compõem o microssistema coletivo, por exemplo: Lei 4.717/1965 (Ação Popular); Lei 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente); Lei 7.347/1985 (Ação Civil Pública); Constituição Federal de 1988; Lei 7.853/1989 (Lei das Pessoas Portadoras de Deficiência); Lei 7.913/1989 (Lei dos Investidores dos Mercados de Valores Imobiliários); Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor); Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa); Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso); Lei 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança); Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção); e Lei 13.300/2016 (Lei do Mandado de Injunção).

Apesar da inegável pluralidade de leis a comporem o microssistema coletivo, a doutrina parece tranquila no sentido de indicar que o núcleo duro desse microssistema é formado pela Lei de Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor[13]. Para alguns, inclusive, só existiriam o Código de Defesa do Consumidor e a ação civil pública, regulada pela Lei 7.347/1985 e reafirmada, contrariada ou complementada pelas demais leis mencionadas[14]. Seja como for, não há como negar a relevância das Leis 7.347/1985 e 8.078/1990 para o microssistema coletivo.

No tocante à norma que deve ser aplicada no caso concreto, é possível pensar em três interessantes pontos: (i) definir dentro do núcleo duro qual norma deve ser aplicada; (ii) fora do núcleo duro, como normas de outras leis que compõem o microssistema devem ser aplicadas; (iii) fora do microssistema, como devem ser aplicadas as regras do Código de Processo Civil.

Quanto ao primeiro ponto, há corrente doutrinária que defende serem prioritariamente aplicáveis as normas da Lei de Ação Civil Pública, deixandose a aplicação em segundo plano, no que for cabível, das normas previstas no Código de Defesa do Consumidor[15], enquanto outra corrente entende que, sendo a relação de direito material de consumo, a aplicação da Lei de Ação Civil Pública deve ocorrer subsidiariamente[16]. Levando-se em consideração apenas esses dois entendimentos, o primeiro é preferível em razão da expressa previsão contida no art. 21 da Lei 7.347/1985.

[12] STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.357.759/GO, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 16/06/2014, DJe 04/08/2014; STJ, 4ª Turma, REsp 1.192.577/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 15/05/2014, DJe 15/08/2014; STJ, 1ª Turma, REsp 1.221.254/RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 05/06/2012; DJe 13/06/2012.
[13] Andrighi, Reflexões, p. 338; Leonel, Manual, n. 4.10, p. 148.
[14] Grinover, Código, pp. 33-34.
[15] Carvalho Filho, Ação, p. 479; Didier-Zaneti, Curso, p. 53.
[16] Nery Jr., Código, p. 221.

Considero mais correto o entendimento de que não existe propriamente uma ordem preestabelecida entre os dois diplomas legais. Na realidade, são raras as hipóteses de conflito entre normas desses dois diplomas legais, servindo o segundo para especificar normas existentes no primeiro, como ocorre, por exemplo, no caso da competência, ou para incluir novidades, como se dá com a expressa previsão de tutela coletiva aos direitos individuais homogêneos. Normas do diploma mais antigo, modificadas posteriormente, também são aplicáveis no diploma mais recente, como o famigerado art. 16 da LACP, ainda que atualmente corretamente interpretado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme analisado no item 14.4. Como se nota, há uma quase perfeita interação entre os dois diplomas que formam o núcleo duro do microssistema coletivo.

Mais complexa é a solução de conflito entre o núcleo duro formado pelas duas leis e as demais leis extravagantes que compõem o microssistema. Para parcela da doutrina, primeiro deve-se aplicar o núcleo duro, e somente não havendo norma lá prevista, as demais leis[17], enquanto outros entendem que primeiro devam ser aplicadas as leis específicas, e apenas na hipótese de omissão se passar à aplicação das regras constantes do núcleo duro[18].

Caso seja necessária a determinação *a priori* e de forma abstrata de qual lei deve prevalecer, tem mais lógica o segundo entendimento, aplicando-se antes a norma prevista em lei específica, e, somente diante de sua omissão, a norma geral prevista no núcleo duro do microssistema coletivo. Não parece, entretanto, ser sempre essa a melhor solução, porque é possível que a norma específica seja menos benéfica para a tutela do direito material do que aquela prevista de forma genérica na Lei de Ação Civil Pública e/ou no Código de Defesa do Consumidor.

Prefiro, portanto, o entendimento de que, dentro do microssistema coletivo, deve ser sempre aplicável a norma mais benéfica à tutela do direito material discutido no processo, sendo irrelevante se determinada por norma específica ou geral, anterior ou posterior, ou qualquer outra forma de interpretação de normas[19]. Esse entendimento tem como mérito uma proteção mais efetiva ao direito material coletivo *lato sensu*, independentemente da espécie de direito e do diploma legal criado pelo legislador para tutelá-lo, porém gera relativa insegurança jurídica por não criar bases objetivas para aferição da norma aplicável ao caso concreto, dependendo sempre da casuística.

Por fim, a aplicação das normas existentes no Código de Processo Civil será imprescindível, mas para isso é indispensável que não exista norma expressa aplicável ao caso concreto dentro do próprio microssistema[20]. Além disso, a norma processual presente no Código de Processo Civil não pode afrontar os

[17] Didier-Zaneti, Curso, p. 53.

[18] Assagra, Direito, p. 547; Gajardoni, Comentários, pp. 112-113; Klippel-Neffa Jr., Comentários, pp. 340-341.

[19] Gajardoni, Direitos I, p. 51.

[20] Gomes Jr. e Favreto, Anotações, p. 531.

princípios do processo coletivo[21] estudados no Capítulo 5, o que leva a doutrina a afirmar que a aplicação não deve ser subsidiária, mas sim eventual.

2.3.2. Casuística

São variados os exemplos de aplicação das normas presentes nas leis que compõem o microssistema coletivo e mesmo da aplicação residual do Código de Processo Civil, mas nem sempre a realidade confirma uma opção uníssona de interpretação de qual a norma a ser aplicada. O presente item se presta a enumerar algumas dificuldades, sem qualquer pretensão de ser exaustivo, até porque os conflitos entre leis do microssistema podem ser encontrados em diversas passagens da presente obra.

A doutrina ressalta que a convivência da ação popular e da ação civil pública traz interessantes e polêmicas dificuldades na praxe forense, deixando em diversas oportunidades dúvidas a respeito da norma aplicável ao caso concreto.

Como foi desenvolvido no item 8.2.1, a única ação coletiva que prevê a legitimidade ativa do indivíduo é a ação popular. Além disso, não admite concorrentemente a legitimidade ativa de nenhum dos legitimados ativos para a propositura das demais ações coletivas. Não se tem notícia, apesar da aspiração por parte da doutrina, de conjugação dessas normas de legitimidade como uma só regra ficcional criada pela conjugação das duas regras expressas em nosso ordenamento jurídico. Cidadão não pode ingressar com ação civil pública e associação, por exemplo, não pode ingressar com ação popular.

Nesse caso da legitimidade ativa, adota-se a prevalência da norma própria prevista em cada uma das leis. O mesmo fenômeno ocorre no tocante ao momento em que passa a ser dever funcional do Ministério Público executar a sentença de procedência, com o conflito do art. 16 da Lei 4.717/1965 e do art. 15 da Lei 7.347/1985, devidamente analisado no item 5.9.

A percepção é de que, havendo regras específicas nessas duas leis – e também no Código de Defesa do Consumidor –, a tese de leis que se interpenetram e se subsidiam não se aplica, respeitando-se cada qual sua própria regulamentação legal.

Por outro lado, existem normas que têm exatamente o mesmo conteúdo, e por isso não criam maiores dificuldades práticas. Tome-se como exemplo o art. 2º, parágrafo único, da Lei 7.347/1985 (Ação Civil Pública) e o art. 5º, § 3º, da Lei 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), que, apesar de redações distintas, têm exatamente o mesmo conteúdo.

Diante de omissão de uma ou outra, seria o caso finalmente de aplicação da ideia de microssistema. E realmente em algumas situações se nota tal aplicação, como ocorre na adoção do prazo prescricional da Lei de Ação Popular (art. 21 da Lei 4.717/1965) na ação civil pública, conforme vem reiteradamente decidindo o

[21] STJ, 2ª Turma, REsp 1.452.660/ES, rel. Min. Og Fernandes, j. 19/10/2017, DJe 27/04/2018.

Superior Tribunal de Justiça[22]. Registre-se, entretanto, decisão da 3ª Turma do tribunal aplicando a distinção para se afastar do entendimento consolidado deixando-o de aplicar para pretensão consumerista veiculada por ação civil pública[23].

Não entendo adequada a distinção nesse caso. Primeiro, é natural que ela não exista quando o direito material objeto da ação civil pública for tutelável por ação popular. Dessa forma, qualquer ação civil pública que verse sobre patrimônio público – material e imaterial – se sujeita ao prazo prescricional previsto no art. 21 da Lei 4.717/1965). Mas mesmo o direito consumerista, que não pode ser objeto de ação popular, deve seguir a mesma regra. Não me parece haver lógica sistêmica em criar um prazo prescricional para a tutela do patrimônio público e não haver prazo para a tutela coletiva do consumidor. Por mais relevante que seja tal espécie de tutela, não parece ser mais relevante que a tutela do patrimônio público.

Curiosamente não foi esse o entendimento do mesmo tribunal ao enfrentar o tema da competência territorial na ação popular, que, em vez de determinar a aplicação da regra geral do microssistema – local do dano –, determina a aplicação das regras de competência territorial previstas no Código de Processo Civil.

Com a Lei 12.016/2009, que passou a regulamentar o mandado de segurança coletivo, também surgiram interessantes questões a respeito de colisão de regras específicas do mandado de segurança e genéricas do núcleo duro do microssistema coletivo.

O art. 22, *caput*, da Lei 12.016/2009 prevê que no mandado de segurança coletivo a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante. Como se pode notar da redação do dispositivo legal, não há qualquer menção à coisa julgada *secundum eventum litis in utilibus*, consagrada no art. 103, § 1º, do CDC. Pergunta-se: a coisa julgada do mandado de segurança coletivo se dá *pro et contra*, atingindo os indivíduos mesmo com a denegação da ordem ou *secundum eventum litis in utilibus*, vinculando os indivíduos somente com o acolhimento do pedido?

Adotando-se a tese da regra específica prevalecendo sobre a regra geral, a conclusão seria pela coisa julgada *pro et contra*, excepcionando o sistema criado pela tutela coletiva para não vincular negativamente indivíduos que não tenham feito parte do processo. Apesar de existir doutrina que defende esse entendimento[24], não me parece adequada a conclusão, até porque o art. 22, *caput*, da Lei 12.016/2009 nada prevê especificamente a respeito das situações em que deve ser gerada a coisa julgada no mandado de segurança coletivo, limitando-se a prever

[22] STJ, 4ª Turma, AgInt no REsp 1.780.768/SP, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 06/08/2019, DJe 12/08/2019; STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 557.733/RJ, rel. Min. Og Fernandes, j. 24/03/2015, DJe 08/04/2015; STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 1.173.874/RS, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 17/03/2015, DJe 24/03/2015; STJ, 2ª Seção, AgRg nos EREsp 995.995/DF, rel. Min. Raul Araújo, j. 11/03/2015, DJe 09/04/2015.

[23] STJ, 3ª Turma, REsp 1.736.091/PE, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14/05/2019, DJe 16/05/2019.

[24] Scarpinella Bueno, A nova, 58, pp. 135-136; Redondo-Oliveira-Cramer, Mandado, pp. 153-154.

o aspecto subjetivo *ultra partes* do fenômeno. A doutrina majoritária defende a aplicação por analogia do art. 103, § 1º, do CDC[25].

Por outro lado, há relevante distinção no tocante ao aproveitamento de autor de ação individual quando em trâmite mandado de segurança coletivo. O art. 22, § 1º, da Lei 12.016/2009 prevê que o autor individual só se beneficiará do mandado de segurança coletivo se desistir da ação individual, enquanto o art. 104 do CDC permite o aproveitamento com a simples suspensão do processo individual. Nesse caso, como existe norma expressa a respeito do tema, há uma divisão mais perceptível na doutrina.

Os que adotam a tese de a norma específica se sobrepor à norma geral defendem a literalidade do art. 22, § 1º, da Lei 12.016/2009[26]. Prefiro o entendimento que vê inconstitucionalidade na norma indicada, em especial por desconsiderar que uma desistência do mandado de segurança significará na prática uma verdadeira renúncia a esse instrumento processual, considerandose seu exíguo prazo de decadência[27]. Dessa forma, é preferível a aplicação do art. 104 do CDC, ainda que exista norma específica para o mandado de segurança coletivo, por ser aquela mais consentânea com o microssistema coletivo, do qual o mandado de segurança faz parte[28].

E não é só na ação popular e no mandado de segurança que surgem polêmicas.

O campo da competência, tema versado no Capítulo 7, é fértil para essa análise. A regra geral é prevista pelo art. 2º da Lei 7.347/1985 (local do dano), com os temperamentos trazidos pelo art. 93 da Lei 8.078/1990. Há, entretanto, normas específicas que se sobrepõem à regra geral, como ocorre no art. 209 da Lei 8.069/1990 (no ECA a competência é do foro do local do ato ou omissão)[29] e no art. 80 da Lei 10.741/2003 (no Estatuto do Idoso a competência é do foro do domicílio do idoso).

Também o reexame necessário, que tem previsão expressa apenas no art. 19, *caput*, da Lei 4.717/1965, mas que passa a ser regra geral do sistema[30], sendo, nesse caso, lamentável decisão do Superior Tribunal de Justiça no sentido de não ser aplicável tal regra na ação de improbidade administrativa[31]. A discordância foi resolvida pela 1.ª Seção, em julgamento de embargos de divergência, no sentido de aplicação analógica para o cabimento de reexame necessário.[32]

[25] Nery-Nery, Código, p. 1.731; Didier-Zaneti Jr., O mandado, p. 233; Alvim, Aspectos, p. 128; Ferraresi, Do mandado, pp. 125-126; Andrade-Masson-Andrade, Interesses, 4.9.1, pp. 362-363; Klippel-Neffa Jr., Comentários, pp. 342-345.

[26] Gajardoni, Comentários, pp. 113-114; Redondo-Oliveira-Cramer, Mandado, pp. 154-156.

[27] Didier-Zaneti, O mandado, pp. 236-237; Klippel-Neffa Jr., Comentários, pp. 352-354.

[28] Scarpinella, A nova, n. 59, pp. 137-138.

[29] Mazzili, A defesa, p. 706. 10.741/03.

[30] STJ, 2ª Turma, REsp 1.787.858/SC, rel. Min. Francisco Falcão, j. 11/04/2019, DJe 03/05/2019; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.219.033/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, j. 17/03/2011, DJe 25/04/2011.

[31] STJ, 1ª Turma, REsp 1.220.667/MG, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 04/09/2014, DJe 20/10/2014.

[32] STJ, 1.ª Seção, EREsp 1.220.667/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 24.05.2017, *DJe* 30.06.2017.

Ou ainda os efeitos da apelação, que tem previsão expressa no art. 14 da LACP, havendo doutrina que defende sua aplicação também a outras ações coletivas, como a ação popular[33], e doutrina que considera deva ser a apelação na ação popular recebida no duplo efeito, nos termos do art. 19, *caput*, da LAP[34], entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça[35].

Conforme entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, o especialíssimo procedimento estabelecido na Lei 8.429/1992, que prevê um juízo de delibação para recebimento da petição inicial (art. 17, §§ 8º e 9º), precedido de notificação do demandado (art. 17, § 7º), somente é aplicável para ações de improbidade administrativa típicas[36]. Significa dizer que nesse caso a norma não tem aplicação em outras espécies de ação coletiva, como a ação civil pública e a ação popular.

Como mencionado no início do presente item, são apenas alguns exemplos que deixam claro que, apesar da tranquilidade com a qual doutrina e jurisprudência aceitam a ideia de um microssistema coletivo, a definição da norma aplicável ao caso concreto nem sempre é simples, tampouco apaziguada.

2.4. MARCOS LEGISLATIVOS

Apesar da indiscutível existência de um microssistema coletivo, composto por inúmeras leis, é inegável que existem verdadeiros marcos legislativos no tocante ao processo coletivo em nosso país, podendo ser indicados quatro momentos legislativos, sem desprezo dos demais, que têm relevância mais significativa na sistematização do processo coletivo.

O primeiro marco legislativo é a Lei 4.717/1965, conhecida como Lei da Ação Popular. Apesar de a doutrina entender que a ação popular vigorou no período imperial e início da República, durante a vigência das Ordenações do Reino, considerando-se a possibilidade de defesa de bens de uso comum pelo cidadão, com o advento do Código Civil de 1916, mais precisamente em razão de seu art. 76, a doutrina majoritária passou a entender que o sistema jurídico brasileiro não mais admitia a ação popular, ainda que vozes isoladas continuassem a defender a sobrevivência dessa ação coletiva[37].

Em 1934 a ação popular é incluída expressamente na Constituição Federal, por meio do art. 113, § 38, para 3 anos depois ser suprimida pela Constituição de 1937, vindo a ser restabelecida pelo art. 141, § 38, da Constituição de 1946,

[33] Assagra de Almeida, Manual, p. 389; Didier-Zaneti, Curso, p. 53.

[34] Abelha-Rodrigues, Comentários, p. 219; Mancuso, Ação popular, p. 255; Afonso da Silva, Ação popular, p. 245; Meirelles-Wald-Mendes, Mandado, p. 199; Sidou, Habeas corpus, p. 372.

[35] STJ, 2ª Turma, REsp 1.188.564/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 10.08.2010, *DJe* 10.09.2010.

[36] STJ, 1ª Seção, REsp 1.163.643/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 24/03/2010, DJe 30/03/2010 (Recurso Especial repetitivo, tema 344).

[37] Mancuso, Ação popular, pp. 52-54.

mantendo-se em todas as Constituições subsequentes (art. 150, § 31, da CF de 1967; art. 153, § 31, da ECF de 1969 e na atual CF em seu art. 5º, LXXIII).

No campo infraconstitucional, a Lei 4.717 de 1965, que regulamenta a ação popular, deve ser considerada o primeiro marco legislativo por ter sido a primeira lei que indiscutivelmente tratou de tutela coletiva no ordenamento brasileiro, sendo significativas as inovações por ela propostas, tais como a diferenciada forma de legitimação ativa, a possibilidade de o réu virar autor, a coisa julgada *secundum eventum probationis*, a obrigatoriedade de execução da sentença de procedência, entre outras significativas novidades – ao menos à época – que serão analisadas no decorrer do presente livro. A legitimidade ativa do cidadão, entretanto, conforme examinado no item 8.2.1, não influenciou as posteriores leis infraconstitucionais que compõem o microssistema coletivo.

Registre-se apenas que, tanto no âmbito constitucional quanto em seu regramento infraconstitucional, as normas legais de ação popular limitavam a utilização dessa ação para a tutela do patrimônio público material, sendo tradicionalmente associada a atos ilegais e lesivos ao erário. Com a Lei 6.513/1977 e a atual redação da norma constitucional que cuida da ação popular, o objeto dessa ação foi significativamente ampliado para incluir os bens imateriais que fazem parte do patrimônio público, tais como a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural.

O segundo marco legislativo é a Lei 7.347/1985, chamada de Lei da Ação Civil Pública. Ainda que seja inegável a sua importância para o microssistema, inclusive fazendo parte de seu núcleo duro, é preciso registrar que ela surgiu em nosso ordenamento jurídico com abrangência significativamente menor do que a que tem atualmente.

Na origem, apesar de consagrar a tutela dos direitos difusos e coletivos, havia uma expressa previsão no art. 1º a respeito de quais seriam esses direitos: consumidor, meio ambiente, patrimônio histórico e cultural. E esse rol era considerado exaustivo, até em razão do veto ao inciso que previa a tutela de "qualquer outro direito difuso e coletivo". O rol só veio a se tornar exemplificativo com o advento do CDC, conforme será analisado.

Lamentável, entretanto, que após um significativo passo rumo a maior amplitude da tutela coletiva tenha-se caminhado para trás com a previsão expressa no parágrafo único do art. 1º de vedação a determinadas espécies de direitos difusos e coletivos (pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados), em especial quando se nota a preocupação de salvaguardar o Estado. Os comentários a respeito dessa verdadeira barbaridade são feitos no item 5.10, mas nunca é demais lamentar a postura estatal.

De qualquer forma, foi um marco legislativo no desenvolvimento do processo coletivo, em especial em razão das novidades a respeito da legitimidade ativa, em opção legislativa consideravelmente diferente daquela adotada na Lei

de Ação Popular. Ainda hoje é uma das leis mais importantes que compõem o microssistema coletivo, conforme analisado no item 2.3.

O terceiro marco legislativo é a Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, a primeira de nossa fase democrática após os tristes e nebulosos anos de ditadura militar. É possível analisar a sua relevância para a tutela coletiva sob dois diferentes aspectos.

Primeiro na questão do direito material coletivo, considerando-se que, pela primeira vez, o texto constitucional consagrou a tutela de direitos materiais difusos e coletivos, bastando para se chegar a tal conclusão a leitura do art. 5º da Constituição Federal. Elevar o direito material coletivo ao âmbito dos direitos fundamentais foi obra da Constituição Federal, pelo menos no plano acadêmico era o que se esperava. É possível visualizá-lo quando o texto constitucional prevê o direito à saúde, à educação, ao patrimônio históricocultural etc.

O segundo aspecto é processual, considerando que a Constituição Federal de 1988 expressamente consagra regras referentes ao processo coletivo, ainda que não trate especificamente de procedimento de tal processo, missão, inclusive, outorgada à legislação infraconstitucional. Em pelos menos três passagens do texto constitucional existem previsões que afetam, positivamente, o processo coletivo.

Amplia-se o cabimento da ação popular em razão da previsão contida no art. 5º, LXXIII, da CF, que passa a admitir tal espécie de ação coletiva para: (a) anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o estado participe; (b) anulação de ato lesivo à moralidade administrativa; (c) anulação de ato lesivo ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Essa norma constitucional, conjugada com o art. 1º, *caput*, da LAP, em sua redação original, e com seu § 1º, incluído pela Lei 6.513/1977, que conceitua o patrimônio público a ser protegido como bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, ampliam significativamente o âmbito de tutela por meio dessa espécie de ação coletiva.

Atualmente, e muito em decorrência da previsão constitucional, é tranquilo o entendimento de que por meio da ação popular tutelam-se tanto os bens materiais que compõem o patrimônio público como os bens imateriais. Essa ação coletiva, portanto, não se limita mais somente à tutela do erário, também prestando-se à tutela de bens do patrimônio imaterial, tais como a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio cultural, artístico e urbanístico.

Por outro lado, o art. 129, III, da CF prevê que o Ministério Público tem como função institucional a promoção do inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Lembre-se que em 1988 ainda havia a limitação de tutela a algumas espécies de direitos difusos e coletivos em razão da previsão do art. 1º da LACP, com a redação à época, de forma que a previsão constitucional, ao não atrelar a atuação ativa do Ministério Público às espécies de direitos transindividuais, foi inovadora no campo da legitimação ativa.

Na realidade, criou-se uma situação anômala, com evidente quebra de isonomia entre os legitimados ativos coletivos. Enquanto o Ministério Público tinha legitimidade constitucional para ingressar com processo coletivo para a tutela de qualquer espécie de direito coletivo e difuso, os demais legitimados ativos estavam limitados ao rol exauriente previsto no art. 1º da LACP[38]. A anomalia, entretanto, durou pouco, podendo-se até dizer que a norma constitucional serviu com precursora das mudanças ocorridas dois anos depois no CDC.

Por fim, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LXX, "a" e "b", previu expressamente o mandado de segurança coletivo, determinando sua legitimidade ativa. A regulamentação veio somente no ano de 2009, por meio da Lei 12.016, mas de qualquer forma desde a Constituição Federal já se admite o mandado de segurança coletivo, no que o texto pode ser considerado uma importante inovação em termos de processo coletivo.

O quarto e último marco legislativo é a Lei 8.078/1990, que, apesar de conhecida como Código de Defesa do Consumidor, tem importantes dispositivos nos Títulos III e V destinados ao processo coletivo, sendo aplicável em qualquer direito dessa espécie, e não só o direito coletivo consumerista. Como já analisado no item 2.3, o CDC, naquilo que couber, atualmente forma com a LACP o núcleo duro do microssistema coletivo.

O Código de Defesa do Consumidor teve ao menos dois grandes méritos no tocante ao processo coletivo, que merecem um maior destaque e são mais do que suficientes para que seja considerado um marco legislativo da tutela coletiva.

Primeiro o diploma legal passou a prever que qualquer direito difuso ou coletivo poderia ser objeto de tutela coletiva, afastando a ideia restritiva que até então advinha do art. 1º da LACP. O rol legal, portanto, passou a ser meramente exemplificativo, o que, naturalmente, ampliou consideravelmente o âmbito de proteção coletiva em juízo. Na realidade, fez-se pelo Código de Defesa do Consumidor para todos os legitimados ativos aquilo que dois anos antes a Constituição Federal já havia feito para o Ministério Público.

Em segundo, e ainda mais importante, foi estendida aos direitos individuais homogêneos a tutela por meio do processo coletivo, com o Capítulo II do Título III inteiramente destinado a regulamentar essa tutela. Como a LACP só previa a tutela de direito difuso e coletivo, e a LAP só é cabível para a tutela do direito difuso à proteção do patrimônio público material e imaterial, a novidade do CDC realmente pode ser considerada significativa.

[38] Souza, *Ação*, p. 33.

3

LEGISLAÇÃO VIGENTE

Sumário: 3.1. Introdução – 3.2. Lei das Pessoas Portadoras de Deficiência (Lei 7.853/1989) – 3.3. Lei de defesa dos investidores do mercado de valores mobiliários (Lei 7.913/1989) – 3.4. Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) – 3.5. Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992) – 3.6. Estatuto do Torcedor (Lei 10.671/2003) – 3.7. Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) – 3.8. Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016/2009) – 3.9. Lei de defesa da ordem econômica (Lei 12.529/2011) – 3.10. Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) – 3.11. Lei do Mandado de Injunção (Lei 13.300/2016).

3.1. INTRODUÇÃO

Conforme analisado no Capítulo 2, item 2.4, as Leis 4.717/1965 (Ação Popular), 7.347/1985 (Ação Civil Pública), 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e a Constituição Federal de 1988 podem ser consideradas como genuínos marcos legislativos no desenvolvimento legal da tutela coletiva no Brasil. O microssistema coletivo, entretanto, contém outras leis que também têm sua relevância para o estudo da tutela coletiva. Ainda que não sejam tão significativas quanto as já comentadas no plano do processo coletivo, reservando sua maior relevância para o plano do direito material coletivo e individual, é importante uma breve análise a seu respeito, em especial naquilo que trazem de novo e diferente ao microssistema.

3.2. LEI DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA (LEI 7.853/1989)

Antes de efetivamente passar aos comentários a respeito das normas que tratam de tutela coletiva previstas na Lei 7.853/1989, é preciso justificar a nomenclatura adotada no título e que será utilizada durante todo o capítulo. Apesar da preferência de alguns pela expressão "pessoa com necessidades ou direitos especiais", adotei a expressão consagrada em lei, por não entendê-

la inadequada e, principalmente, por não acreditar que firulas linguísticas e alterações de nomenclaturas sejam hábeis a efetivamente tutelar as pessoas portadoras de deficiência[1].

Na Lei 7.853/1989, a previsão de tutela jurisdicional coletiva se resume a três artigos, com algumas previsões que repetem – ora totalmente, ora parcialmente –, regras já previstas na Lei 7.347/1985. O art. 7º, inclusive, prevê aplicação, naquilo que couber, das regras presentes na Lei de Ação Civil Pública. O grande mérito dessa lei foi tutelar coletivamente uma espécie de direito que à época de sua promulgação não era tutelado, dado que a previsão de tutela de toda e qualquer espécie de direito difuso ou coletivo só veio um ano mais tarde, com a Lei 8.078/1990[2].

No art. 3º, *caput*, encontra-se a previsão da legitimidade ativa para a propositura de ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos difusos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis da pessoa com deficiência: Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Municípios, Distrito Federal, associação constituída há mais de um ano, nos termos da lei civil, autarquia, empresa pública e fundação ou sociedade de economia mista que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção dos interesses e a promoção de direitos da pessoa com deficiência.

Nos §§ 1º a 4º do art. 3º da Lei 7.853/1989 há regras mais detalhadas da requisição prévia que os autores da ação coletiva podem fazer às autoridades competentes para a obtenção de certidões e informações que julgarem necessárias à instrução da petição inicial, prevista no art. 8º, *caput* e § 2º, da Lei 7.347/1985. Na realidade, as normas presentes na LACP são mais bem organizadas, conseguindo dizer de forma resumida exatamente o que se encontra previsto na Lei 7.853/1989. Apesar da omissão legislativa, as regras sobre o inquérito civil, previstas no art. 8º da LACP, são aplicáveis às ações coletivas voltadas à tutela de pessoas portadoras de deficiência.

O art. 3º, § 5º, da Lei 7.853/1989, que prevê a possibilidade de litisconsorte ulterior a ser formado pelos legitimados que não ingressaram com a ação coletiva, repete a regra prevista no art. 5º, § 2º, da LACP, e o art. 3º, § 6º, da Lei 7.853/1989, que regulamenta o abandono e desistência do processo, repetida pelo art. 5º, § 3º, da LACP.

O art. 4º, *caput*, da Lei 7.853/1989 prevê a *coisa julgada secundum eventum probationis*, que já se encontra disposta no art. 16 da LACP, apenas com duas diferenças: na primeira lei não existe previsão da limitação territorial presente na segunda e na primeira há menção a "deficiência de prova", enquanto na segunda há referência a "insuficiência da prova". Por mais infeliz que seja a regra da limitação territorial, conforme amplamente analisado no item 14.4, uma vez

[1] Mazzilli, A defesa, p. 685.

[2] Leonel, Manual, n. 4.3, p. 127.

aplicável o dispositivo legal, também valerá para as ações coletivas na defesa de portadores de deficiência.

No § 1º do art. 4º da Lei 7.853/1989 existe regra processual não presente na LACP, prevendo que a sentença que concluir pela carência (na realidade qualquer sentença terminativa) ou pela improcedência da ação ficará sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal. O dispositivo legal repete o art. 19, *caput*, da LAP, sendo o tema do reexame necessário objeto de análise no item 13.6.

O § 2º do art. 4º da Lei 7.853/1989 prevê a legitimidade recursal, não havendo correspondente na LACP. O que poderia parecer uma inovação, ou, ainda, uma particularidade da lei ora comentada, na realidade apenas consagra a regra geral de legitimidade recursal prevista no art. 996 do Novo CPC. Se algum mérito tem o dispositivo legal, é a expressa previsão de legitimidade de qualquer legitimado, compreendendo inclusive aqueles que não participavam do processo até a prolação da decisão. Ainda que seja possível defender sua legitimidade como de terceiro prejudicado, o tema é polêmico, sendo nesse sentido pacificadora a norma legal ora comentada.

Por fim, o art. 5º da Lei 7.853/1989 prevê a obrigatória intervenção do Ministério Público, repetindo, ao menos no tocante à tutela coletiva, o art. 5º, § 1º, da LACP.

3.3. LEI DE DEFESA DOS INVESTIDORES DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS (LEI 7.913/1989)

Exatamente como ocorreu com a Lei 7.853/1989, o grande mérito da Lei 7.913/1989 foi se antecipar ao Código de Defesa do Consumidor, que passou a regular a tutela de todas as espécies de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no âmbito coletivo. Em uma época em que o rol existente na Lei 7.347/1985 ainda era exemplificativo, a Lei 7.853/1989 teve o mérito de ampliá-lo, mesmo pontualmente, para a defesa dos investidores do mercado de valores mobiliários[3].

Nos termos do art. 1º, *caput*, da lei ora comentada fica clara a natureza do direito que será defendido coletivamente: direito individual homogêneo dos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado. Tal conclusão decorre de dois fatores: (i) a norma não impede a ação individual do prejudicado, e (ii) menciona expressamente que o objetivo da ação coletiva nesse caso será evitar prejuízos ou obter ressarcimento de danos causados a indivíduos que sejam titulares de valores mobiliários ou investidores do mercado. Se alguma dúvida ainda houvesse, é definitivamente afastada pelo art. 2º da lei, que expressamente

[3] Leonel, *Manual*, n. 4.4, p. 129.

prevê como destinatários das importâncias obtidas em eventual condenação os investidores lesados, na proporção de seus prejuízos.

Quanto à legitimidade ativa para a propositura da ação civil pública, nos termos da Lei 7.913/1989, art. 1º, *caput*, há previsão tão somente do Ministério Público, mas, como aponta a melhor doutrina, os demais legitimados coletivos previstos no art. 82 do CDC e art. 5º da LACP também são legitimados ativos[4]. Por outro lado, tratando-se de direito individual homogêneo, parece ser aplicável a limitação geral à atuação do Ministério Público analisada no item 8.2.2[5].

No tocante à execução, parece existir uma interessante particularidade em razão das regras consagradas nos parágrafos do art. 2º da lei ora comentada. Segundo o § 1º, as importâncias obtidas em virtude da ação coletiva ficarão depositadas em conta remunerada, à disposição do juízo, até que o investidor, convocado mediante edital, habilite-se ao recebimento da parcela que lhe couber. Como o dispositivo legal trata de importâncias depositadas em conta remunerada, tudo leva a crer que o legitimado ativo à ação coletiva poderá atuar tanto na fase de conhecimento como na de execução, diferente do que ocorre, em regra, na execução de sentença fundada em direito individual homogêneo.

Conforme amplamente analisado no item 16.4, as execuções da sentença fundada em violação a direito individual homogêneo são, ao menos em regra, individuais. Cabe aos indivíduos se habilitarem no processo coletivo para liquidarem e executarem a sentença em seu favor. Como o art. 2º, § 1º da Lei 7.913/1989 prevê uma habilitação do indivíduo apenas para levantar o dinheiro que já terá sido obtido judicialmente, tudo leva a crer que a execução já fora promovida pelo legitimado coletivo. Trata-se, portanto, de execução em favor de interesses individuais promovida por um legitimado coletivo.

Outra especialidade interessante da Lei 7.913/1989 diz respeito à decadência ao direito à habilitação do interessado. A partir da publicação do edital, que deve ocorrer após a execução se mostrar positiva e o dinheiro devido estar em uma conta remunerada, os indivíduos terão o prazo de dois anos para se habilitarem a receber os valores de seus danos, sendo que o valor não reclamado nesse prazo será revertido aos cofres da União. Diferente da natureza meramente processual do prazo consagrado no art. 100 do CDC, o prazo previsto pelo art. 2º, § 2º da Lei 7.913/1989, em razão de expressa previsão legal, tem natureza decadencial.

3.4. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI 8.069/1990)

O Título VI da Lei 8.069/1990 é "Do acesso à Justiça", sendo no Capítulo VII tratada a proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos, tudo levando a crer que os "interesses individuais" referidos em lei sejam os interes-

[4] Mazzilli, A defesa, p. 702; Leonel, *Manual*, pp. 130-131.

[5] Mazzilli, A defesa, p. 701.

ses individuais homogêneos. O art. 224 da lei ora comentada prevê a aplicação subsidiária das regras consagradas na Lei 7.347/1985.

O art. 208 da lei sob comento prevê, em seus nove incisos, algumas espécies de direitos que poderão ser tutelados pela ação coletiva. O que poderia parecer uma indevida restrição na utilização da tutela coletiva em prol de crianças e adolescentes desaparece diante da previsão do § 1º do mesmo dispositivo legal, segundo o qual, as hipóteses previstas expressamente não excluem de proteção judicial todos os demais direitos difusos, coletivos e individuais próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela Lei[6].

O art. 209 do ECA tem regra específica de competência, apontando como foro competente aquele onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão, regra essa diferente da tradicional para as ações coletivas (art. 2º da LACP – foro do local do dano) e que prevalece sobre ela. O tema é tratado com maior profundidade no item 7.6.3.

Em previsão que repete o art. 83 do CDC, o art. 212, *caput*, do ECA dispõe que todas as espécies de ação são admissíveis, inclusive o mandado de segurança quando presentes seus requisitos, conforme previsão do § 2º do dispositivo ora analisado.

O art. 213 do ECA, ao tratar das ações que tenham por objeto o cumprimento de uma obrigação de fazer e não fazer, é redigido parcialmente como o art. 84 do CDC, mas tem uma importante previsão a respeito das *astreintes*. O § 3º do dispositivo ora comentado é um daqueles que condiciona a executabilidade da decisão que aplica a multa ao trânsito em julgado da sentença favorável ao autor. Já o art. 214 prevê que os valores obtidos em razão da multa serão revertidos a um fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo município, sendo mantidos os valores depositados em estabelecimento oficial de crédito, enquanto não for criado tal fundo (art. 214, § 2º). Também é interessante a previsão do art. 214, § 1º, do ECA, que determina que, não sendo executada a multa fixada a título de *astreintes* no prazo de 30 dias do trânsito em julgado, qualquer legitimado coletivo poderá dar início à execução, enquanto o Ministério Público deverá fazê-lo.

Conforme analisado no item 19.3, a condenação do autor da ação coletiva ao pagamento das verbas de sucumbência depende da demonstração de que a demanda foi proposta com má-fé. O art. 218 do ECA parece tratar do tema de forma um pouco diferente. Segundo o *caput* do dispositivo, basta o reconhecimento de ser a pretensão manifestamente infundada para que o autor seja condenado ao pagamento dos honorários advocatícios. Por outro lado, o parágrafo único do dispositivo prevê que, sendo comprovada a má-fé do autor, a associação autora e os direitos responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados ao décuplo das custas.

[6] Assagra, Manual, p. 461.

3.5. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI 8.429/1992)

A Lei 8.429/1992, conhecida como Lei da Improbidade Administrativa, não resultou da primeira preocupação legislativa com os atos de improbidade. A preocupação com tais atos, na realidade, já estava presente na Constituição Federal de 1988, mais precisamente no art. 37, § 4º, do texto constitucional[7]. De qualquer forma, é inegável a relevância da Lei 8.429/1992 para a tutela do patrimônio público e moralidade administrativa diante de atos de improbidade administrativa.

Nos três primeiros artigos da lei há previsões que qualificam o sujeito que poderá praticar o ato de improbidade administrativa. Os arts. 9º, 10 e 11 tipificam três diferentes espécies de improbidade administrativa: o art. 9º prevê os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito; o art. 10 prevê os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário; o art. 10-A prevê nova hipótese de improbidade administrativa, decorrente de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário relativo ao imposto sobre serviços de qualquer natureza – ISS e o art. 11 prevê os atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública. Por mais interessantes que sejam os aspectos materiais da Lei 8.429/1992, o foco da presente análise é o processo coletivo, de forma que serão examinados tão somente os dispositivos da referida lei que interessam no plano processual.

Antes propriamente de se passar à análise dos dispositivos processuais da Lei 8.429/1992, é importante ressaltar que o patrimônio público já se encontrava tutelado no plano processual pela Lei de Ação Popular e pela Lei de Ação Civil Pública. E o advento da Lei de Improbidade Administrativa não afasta a aplicação dessas outras duas leis na defesa coletiva do patrimônio público em juízo. Na realidade, cada qual com sua especialidade, tanto a ação popular, a ação civil pública, como a ação de improbidade administrativa devem coexistir no microssistema coletivo.

Apesar de reconhecer como indiscutíveis as particularidades procedimentais estabelecidas pela Lei 8.429/1992, acredito que o principal fator de distinção dessa ação para a ação civil pública e popular fica por conta dos pedidos admissíveis. Enquanto a ação civil pública e a popular se limitam aos pedidos de anulação do ato administrativo e à condenação ao ressarcimento dos danos gerados ao patrimônio público, somente na ação de improbidade, além desses pedidos, é cabível o pedido das aplicações das penas previstas pelo art. 12 da Lei 8.429/1992. São sanções de natureza civil que jamais poderiam ser pedidas pelo cidadão na ação popular ou por qualquer legitimado coletivo em uma ação civil pública[8].

[7] "Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível."

[8] Leonel, *Manual*, p. 128.

A perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio[9], bem como o ressarcimento integral do dano, não têm aspecto sancionatório, sendo formas de reparação do erário que podem perfeitamente ser objeto de pedido em ações populares, civil-públicas e de improbidade administrativa. Já a perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, são claramente medidas de sanção civil que só podem ser objeto de uma ação coletiva de improbidade administrativa.

Como se pode concluir da leitura do art. 12, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa, não é obrigatório que o juiz, ao julgar o pedido procedente, condene o réu em todas as sanções previstas em lei, até porque o dispositivo indicado prevê que as cominações podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato[10]. Na condenação o juiz deve se valer dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade[11], de forma que o cabimento de cada uma das penas no caso concreto dependa da análise das circunstâncias concretas do ato de improbidade, passando pela intensidade e consciência da conduta do réu, bem como a seriedade e extensão de sua conduta perante a administração pública.

Diferente de todas as outras leis que versam sobre a tutela processual coletiva, a LIA é a única a prever um procedimento administrativo – na realidade processo administrativo[12] – de forma expressa, mais precisamente em seu Capítulo V, arts. 15 e 16. Nos mesmos termos do inquérito civil, a existência de um processo administrativo não se mostra indispensável à propositura da ação de improbidade administrativa[13].

Nos termos do art. 14, *caput*, da Lei 8.429/1992, qualquer pessoa – física ou jurídica – poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade. Trata-se de consagração do direito de petição, previsto no art. 5º, XXXIV, CF[14]. O que é uma faculdade ao particular, para o agente público é um dever[15]. O processo administrativo também pode ter início de ofício[16].

[9] Santos, Improbidade, 3.1.2, p. 150; Ferraresi, Improbidade, p. 139; Garcia-Alves, Improbidade, p. 441. Contra, entendendo tratar-se de sanção: Oliveira, Improbidade, 9.4, p. 307; Carvalho Filho, Manual, p. 1.003.

[10] STJ, 2ª Turma, REsp 1.416.406/CE, rel. Min. Humberto Martins, j. 14/10/2014, DJe 24/10/2014; STJ, 1ª Turma, REsp 980.706/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 03/02/2011, DJe 23/02/2011.

[11] STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 390.129/SC, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 05/11/2015, DJe 17/11/2015; STJ, 2ª Turma, REsp 1.376.481/RN, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 15/10/2015, DJe 22/10/2015; Gomes Junior-Favreto, Comentários, p. 188; Zavascki, Processo coletivo, pp. 120-121; Pazzaglini Filho, Lei, pp. 148-149; Marques, Improbidade, 1.8.4, p. 141.

[12] Ferraresi, Improbidade, p. 160.

[13] Decomain, Improbidade, p. 9.1, p. 224; Ferraresi, Improbidade, p. 166. Contra: Mattos, O limite, p. 498; Dallari, Limitações, pp. 38-42.

[14] Santos, Improbidade, 4.1, p. 185; Mattos, O Limite, p. 497; Andrade-Masson-Andrade, Interesses, 6.10, p. 720; Gajardoni, Comentários, p. 214; Ferraresi, Improbidade, pp. 159-160; Carvalho Filho, O processo, p. 384.

[15] Mattos, O limite, p. 498.

[16] Santos, Improbidade, 4.1, p. 187; Ferraresi, Improbidade, p. 159; Carvalho Filho, O processo, p. 387; Ferraz, Aspectos, p. 426.

Prevê o art. 19 da LIA ser crime, passível de detenção de 6 a 10 meses e multa, a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente. Identificada a pessoa física que fez a indevida representação, a responsabilidade penal estará determinada. No caso de representação realizada por pessoa jurídica, devem-se responsabilizar penalmente os representantes legais responsáveis pela representação, sob pena de sujeitos, com o intuito meramente de prejudicar agentes públicos honestos, se valerem de pessoas jurídicas para representá-los perante a autoridade administrativa.

Aspecto interessante no tema versado é a possibilidade de denúncia anônima. Há corrente doutrinária minoritária que defende a vedação completa e absoluta à denunciação anônima, em uma interpretação literal do dispositivo legal mencionado, que ao exigir a qualificação do representante afasta a possibilidade de denúncia sem a identificação do denunciante[17].

Majoritariamente, entretanto, a doutrina se posiciona pela possibilidade de denúncia anônima[18]. Naturalmente, esse entendimento doutrinário se preocupa com o denuncismo vazio, com o único objetivo de denegrir a imagem do denunciado. Justamente por essa razão exige-se da denúncia anônima uma confiabilidade, ainda maior que naquela que conta com a identificação do denunciante. Alguns exigem verossimilhança[19], outros, seriedade[20], sendo o ponto comum a ideia de que a investigação só deve ser instaurada se a autoridade administrativa notar na representação dados objetivos e sérios que mereçam ser investigados.

O Superior Tribunal de Justiça tem decidido nesse sentido, admitindo a denúncia anônima séria, que forneça informações sobre o fato e a identificação do denunciado, entendendo que o anonimato não pode servir de escudo para práticas ilícitas[21]. No Supremo Tribunal Federal a denúncia anônima é admitida, desde que concorra com outros elementos de convicção, para a instauração de processos investigativos[22].

Nos termos do art. 14, § 1º, da Lei 8.429/1992, a representação poderá ser escrita ou oral, quando será reduzida a termo e assinada pelo representante. Deverá contar com a qualificação da parte que pede a instauração do processo administrativo – a questão da denúncia anônima já foi analisada no item anterior –, informações sobre o fato e sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento.

[17] Mattos, O limite, pp. 501-502.

[18] Gajardoni, Comentários, pp. 217-218; Marques, Improbidade, 2.2, p. 146; Carvalho Filho, O processo, p. 387.

[19] Andrade-Masson-Andrade, Interesses, 6.10, p. 720.

[20] Ferraresi, Improbidade, p. 164.

[21] STJ, 2ª Turma, RMS 32.065/PR, rel. Mauro Campbell Marques, j. 17.02.2011, *DJe* 10.03.2011; STJ, RMS 30.510/RJ, rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.12.2009, *DJe* 10.02.2010; STJ, MS 13.348/DF, rel. Min. Laurita Vaz, j. 27.05.2009, *DJe* 16.09.2009.

[22] STF, HC 99.490/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 23.11.2010, *DJe* 01.02.2011; STF, HC 98.345/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, j. 16.06.2010, *DJe* 17.09.2010.

O art. 14, § 2º, da Lei 8.429/1992 prevê que a autoridade administrativa rejeitará a representação, em despacho fundamentado, se esta não contiver as formalidades estabelecidas em lei. Conforme ensina a melhor doutrina, entretanto, o vício formal da representação não é causa para seu indeferimento liminar, cabendo à autoridade administrativa a intimação do representante para que saneie tal vício, em uma espécie de emenda à representação[23].

Uma vez apresentada a representação perante a autoridade administrativa, é dever funcional desta a instauração do processo administrativo, ainda que para indeferi-lo de plano, o que deve ser reservado a situações excepcionais. Deixar de instaurar o processo, ou ainda retardar sua instauração, é ato tipificado como de improbidade administrativa pelo art. 11, II, da LIA[24].

Nos termos do art. 14, § 3º, da Lei 8.429/1992, a apuração dos fatos será processada na forma prevista nos arts. 148 a 182 da Lei 8.112/1990, enquanto se tratando o investigado de servidor militar o procedimento será aquele previsto nos respectivos regulamentos disciplinares. Para agentes municipais e estaduais observar-se-ão os regulamentos locais.

Segundo a previsão do art. 15, *caput*, da LIA, a comissão processante dará conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas ou Conselho de Contas da existência do processo administrativo ora analisado. A comunicação é obrigatória, não se constituindo em mera faculdade da comissão processante[25], não obstante sua ausência não gerar nulidade capaz de anular o processo administrativo[26].

A comunicação se presta a três finalidades: (a) para que o Ministério Público e o Tribunal de Contas tomem providências no âmbito de suas atribuições funcionais[27]; (b) para que participem do processo administrativo já instaurado, quando fiscalizaram a investigação a cargo da comissão processante[28]; (c) para que o Ministério Público, tendo ciência da investigação, possa pedir em juízo as medidas cautelares analisadas no item 17.4.2[29].

Apesar de a comunicação ser obrigatória, é possível que o Ministério Público e/ou o Tribunal de Contas ingressem voluntariamente no processo administrativo já instaurado[30]. A participação desses órgãos é facultativa[31], cabendo a eles uma análise de oportunidade e conveniência em sua intervenção, que na prática raramente ocorre.

[23] Decomain, Improbidade, 9.1, p. 224; Andrade-Masson-Andrade, Interesses, 6.10, p. 720; Gajardoni, Comentários, p. 217; Carvalho Filho, O processo, p. 387; Ferraz, Aspectos, pp. 427-428.

[24] Mattos, O limite, p. 498; Marques, Improbidade, 2.2, p. 146.

[25] Carvalho Filho, O processo, p. 393. Contra: Marques, Improbidade, 2.2, p. 147.

[26] Gajardoni, Comentários, p. 254.

[27] Decomain, Improbidade, 9.1, p. 228.

[28] Ferraresi, Improbidade, p. 167; Mattos, O limite, p. 511.

[29] Marques, Improbidade, 2.2, p. 148; Gajardoni, Comentários, p. 252.

[30] Carvalho Filho, O processo, p. 394; Gajardoni, Comentários, p. 254.

[31] Andrade-Masson-Andrade, Interesses, 6.10, p. 721; Marques, Improbidade, 2.2, p. 147; Mattos, O limite, p. 512; Ferraz, Aspectos, p. 429.

O processo administrativo pode resultar na imposição de penas previstas pelas leis que regulamentam seu procedimento. Podem ser coincidentes ou não com as penas dispostas no art. 12 da LIA, mas o que deve ficar claro é que a eventual aplicação de sanções ao agente público considerado ímprobo não decorre dessa lei, e, sim, das leis que regulamentam os processos administrativos investigativos. É nesse sentido a afirmação da doutrina pelo não cabimento das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa[32] e a impossibilidade de condenação do investigado ao pagamento pelo dano gerado ao erário ou a restituição de bens ao patrimônio público[33].

O respeito ao contraditório, exigido pela doutrina majoritária[34] e consolidado em julgamentos do Superior Tribunal de Justiça[35] decorre justamente da possibilidade de aplicação de sérias sanções ao agente público dito como ímprobo.

Além da interessante previsão de procedimento administrativo, a Lei 8.429/1992 tem interessantes aspectos procedimentais quanto ao processo judicial em seu art. 17, alguns, inclusive, examinados em outros Capítulos do presente livro: (a) pretensa legitimação bifronte da pessoa jurídica interessada, previsto no § 3º e analisada no item 8.7; (b) indispensável participação do Ministério Público, como autor ou fiscal da ordem jurídica, prevista no § 4º e analisada no item 10.2; (c) regra de prevenção prevista no § 5º e analisada no item 12.2.2.

Segundo o art. 17, § 6º, da Lei 8.429/1992, caberá ao autor da ação de improbidade administrativa instruir a peça inicial com documentos ou justificação que contenham os indícios suficientes da existência do ato de improbidade administrativa. Naturalmente terá o autor direito à produção de prova durante a instrução probatória, mas o dispositivo legal exige que algum indício de prova que corrobore as alegações do autor já acompanhe a petição inicial. O mesmo dispositivo legal dispensa essa forma especial de instrução da petição inicial desde que o autor justifique a impossibilidade da apresentação de tais provas, observando-se a legislação vigente, em especial os arts. 79 a 81 do Novo CPC, que tratam da litigância de má-fé.

Nos termos do art. 17, § 7º, da Lei 8.429/1992, antes mesmo de ser recebida a petição inicial, o juiz ordenará a "notificação" do réu para que, no prazo de 15 dias, apresente uma defesa prévia, que poderá levar ao indeferimento da petição inicial, nos termos do § 8º do mesmo artigo. Trata-se de significativa especialidade procedimental, certamente inspirada no procedimento previsto para os crimes funcionais (arts. 513 a 515 do CPP).

[32] Santos, Improbidade, 4.1, p. 183.

[33] Santos, Improbidade, 4.1, p. 184.

[34] Gajardoni, Comentários, pp. 251-252; Mattos, O limite, p. 508.

[35] STJ, 1ª Seção, MS 15.687/DF, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 09.11.2011, *DJe* 18.11.2011; STJ, 6ª Turma, RMS 28.238/PI, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 21.06.2011, *DJe* 01.07.2011; STJ, 2ª Turma, AgRg no RMS 33.373/PE, rel. Min. Herman Benjamin, j. 07.04.2011, *DJe* 25.04.2011.

A ausência da notificação e, por consequência, da oportunidade de apresentação de defesa prévia no caso concreto vem sendo interpretada à luz do princípio da instrumentalidade das formas pelo Superior Tribunal de Justiça: não havendo prova de real prejuízo, o vício processual não ensejará a nulidade do processo[36].

Segundo a doutrina majoritária, a natureza jurídica da notificação prevista pelo artigo ora comentado é de intimação[37], até porque o art. 17, § 9º, da Lei 8.429/1992 prevê expressamente a citação do réu após a admissão da petição inicial, sendo inviável a existência de duas citações em um mesmo processo. O prazo para a apresentação da defesa prévia, que poderá ser instruída com documentos e justificações, é de 15 dias, sendo bastante tranquila a doutrina no tocante à aplicação do art. 229 do Novo CPC a esse prazo, de forma a ser contado em dobro na hipótese de haver mais de um réu com patronos diferentes de distintas sociedades de advogados[38]. No mesmo sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça[39].

O § 8º do dispositivo ora comentado prevê três causas para o acolhimento da defesa prévia, com a consequente rejeição da ação: (a) inexistência do ato de improbidade; (b) improcedência da ação; ou (c) inadequação da via eleita. Entendo que nos dois primeiros casos ter-se-á uma sentença de mérito, enquanto no terceiro a decisão será terminativa. O § 9º prevê que, sendo rejeitada a defesa prévia, o que exigirá a prolação de uma decisão devidamente fundamentada nesse sentido[40], o réu será citado para apresentar contestação (na realidade também serão cabíveis outras respostas do réu).

Por fim, há interessante especialidade no tocante à instrução probatória no art. 17, § 12º, que determina a aplicação à prova oral a ser produzida na ação de improbidade administrativa das regras consagradas no art. 221, *caput* e § 1º, do CPP.

No tocante às medidas de urgência, além da aplicação subsidiária tanto das leis que compõem o microssistema coletivo como do Código de Processo Civil, existem três cautelares típicas na Lei 8.429/1992 que chamam a atenção: (a) a indisponibilidade de bens prevista no art. 7º; (b) o sequestro previsto no art. 16; e (c) o afastamento temporário de cargo, emprego ou função, previsto no art. 20, parágrafo único, da LIA. Tais cautelares são devidamente tratadas no item 17.4.3.

[36] STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 484.423/MS, rel. Min. Assusete Magalhães, j. 01/12/2015, DJe 14/12/2015; STJ, 1ª Seção, EREsp 1.008.632/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 11/02/2015, DJe 09/03/2015.

[37] Câmara, A fase, p. 346; Ferraresi, Improbidade, p. 207; Mattos, O limite, p. 563. Contra, entendendo ser citação: Copola, A improbidade, p. 162; Scarpinella, O procedimento, pp. 176-177.

[38] Scarpinella, O procedimento, p. 174; Câmara, A fase, p. 346; Gomes Junior-Favreto, Comentários, p. 328; Ferraresi, Improbidade, p. 209; Mattos, O limite, p. 563; Garcia-Alves, Improbidade, 10.2, p. 728; Decomain, 9.2.9.2; Improbidade, p. 296.

[39] STJ, 1ª Turma, REsp 1.221.254/RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 05.06.2012, *DJe* 13.06.2012.

[40] Câmara, A fase, p. 350; Gomes Junior-Favreto, Comentários, p. 335; Copola, Improbidade, p. 164.

3.6. ESTATUTO DO TORCEDOR (LEI 10.671/2003)

Pela simples leitura dos *caputs* dos arts. 2º e 3º da Lei 8.078/1990 (CDC), resta evidenciada a relação consumerista entre os torcedores e os órgãos, públicos ou privados, que organizam competições desportivas. Corrobora esse entendimento o previsto no art. 3º da Lei 10.671/2003: "Para todos os efeitos legais, equiparam-se a fornecedor, nos termos da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, a entidade responsável pela organização da competição, bem como a entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo".

Segundo o art. 40 do Estatuto do Torcedor, "a defesa dos interesses e direitos dos torcedores em juízo observará, no que couber, a mesma disciplina da defesa dos consumidores em juízo de que trata o Título III da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990".

Significa dizer que o torcedor é um consumidor do produto futebol e do serviço prestado pelos organizadores das competições, e justamente por isso a relação de direito material entre eles e o eventual processo judicial em razão de sua violação são tutelados pelo direito consumerista, conforme consolidado entendimento do Superior Tribunal de Justiça[41].

O referido art. 40 do Estatuto do Torcedor, além de consagrar de forma definitiva e clara a existência de uma relação consumerista entre torcedores e organizadores de competições desportivas, faz expressa referência ao Título III do CDC, cujo título é "Da defesa do consumidor em juízo". Referida parte do CDC, nos termos do art. 81, *caput*, disciplina a defesa dos interesses e direitos dos consumidores a título individual e coletivo, o que já é o suficiente para legitimar o cabimento de ação civil pública na defesa dos direitos dos torcedores. E caso alguma dúvida pudesse ainda existir, certamente cederia diante do art. 90 do mesmo diploma ao prever que "aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (...)".

Conclusivamente, na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos dos torcedores, pode qualquer dos legitimados coletivos previstos nos arts. 5º da LACP e 82 do CDC ingressar com ação civil pública. Ainda que a ação venha a beneficiar determinada agremiação esportiva e prejudicar outra, esse é apenas um reflexo inevitável da tutela de interesses protegidos por meio da tutela coletiva.

Por outro lado, é importante, para fins de cabimento de ações coletivas para a solução de conflitos referentes ao futebol, a previsão do art. 4º, § 2º, da Lei 9.615/1998 (Lei Pelé), que recebeu nova redação pela Lei 10.672/2003 e prevê que "a organização desportiva do País, fundada na liberdade de associação, integra o patrimônio cultural".

[41] STJ, 3ª Turma, REsp 1.413.192/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.11.2013, *DJe* 29.11.2013; STJ, 4ª Turma, REsp 1.29.6944/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 07.05.2013, *DJe* 01.07.2013.

A norma legal veio a consagrar uma realidade: para o bem ou para o mal, o Brasil é o país do futebol, sendo tal esporte um importante componente do patrimônio cultural nacional, sendo nesse sentido, além da previsão legal, a doutrina[42] e a jurisprudência[43].

O patrimônio cultural é bem jurídico tutelável por meio da ação civil pública, nos termos do art. 1º, IV, da Lei 7.347/1985, sendo esse entendimento tranquilo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça[44]. Dessa forma, é indiscutível o cabimento de ação civil pública para a tutela do futebol também como componente do patrimônio histórico-cultural brasileiro.

A previsão do art. 4º, § 2º, da Lei 9.615/1998 (Lei Pelé) é ainda mais importante para o cabimento da ação popular, considerando-se que a ação civil pública seria cabível de qualquer maneira em razão da qualificação do torcedor como consumidor. O cabimento da ação popular, entretanto, é mais estreito, devendo respeito ao art. 5º, LXXIII, da CF e ao art. 1º da Lei 4.717/1965. E como será devidamente analisado no Capítulo XX, o patrimônio cultural brasileiro é tutelável por tal espécie de ação coletiva, e o art. 4º, § 2º, da Lei Pelé, ao prever expressamente o futebol como componente desse patrimônio, por consequência permite o ingresso da ação popular.

3.7. ESTATUTO DO IDOSO (LEI 10.741/2003)

O Título V da Lei 10.741/2003 é "Do acesso à Justiça", havendo no Capítulo III as previsões que mais interessam no momento, referentes aos direitos individuais homogêneos, individuais indisponíveis, coletivos e difusos. O art. 93, que por erro de técnica legislativa ficou no Título dos "crimes", prevê a aplicação subsidiária das disposições contidas na Lei 7.347/1985.

Interessante notar que o legislador incluiu em um mesmo Capítulo as três espécies de direitos tradicionalmente considerados como direitos coletivos *lato sensu* e o direito individual indisponível do idoso. Aparentemente, o legislador pretendeu que os direitos individuais indisponíveis do idoso pudessem ser tratados processualmente de forma coletiva.

A opção legislativa pode ser criticada, mas não há qualquer obstáculo prático a ser aplicado às regras do microssistema coletivo a direitos individuais, como, aliás, já ocorre tradicionalmente com o direito individual homogêneo. Tudo leva a crer que, em razão da especial tutela que se buscou criar em favor do idoso, tenha sido esse o objetivo do legislador.

O art. 79 da Lei 10.741/2003 prevê, em seus cinco incisos, algumas espécies de direitos que poderão ser tutelados pela ação coletiva. O que poderia parecer uma

[42] Fiorilo, A tutela, p. 36.

[43] STJ, 2ª Turma, REsp 1.041.765/MG, rel. Min. Eliana Calmon, j. 22.09.2009, *DJe* 06.10.2009.

[44] STJ, 2ª Turma, REsp 1.351.760/PE, rel. Min. Humberto Martins, j. 26.11.2013, *DJe* 09.12.2013; STJ, 1ª Turma, REsp 851.090/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 18.12.2007, *DJe* 31.03.2008.

indevida restrição na utilização da tutela coletiva em prol dos idosos desaparece diante da previsão do parágrafo único do mesmo dispositivo legal. Segundo esse dispositivo legal, as hipóteses previstas expressamente não excluem de proteção judicial todos os demais direitos difusos, coletivos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis protegidos em lei.

O art. 80 trata da competência, tema versado no item 7.6.3.

Apesar de já existirem duas previsões legais a versarem sobre a legitimidade ativa coletiva quando da promulgação do Estatuto do Idoso, o art. 81 da Lei 10.741/2003 cria uma nova regra de legitimidade. O primeiro aspecto interessante decorre da previsão contida no *caput* do dispositivo, que expressamente inclui entre os direitos que poderão ser tutelados pelos legitimados coletivos o direito individual indisponível do idoso. Assim, o Ministério Público, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, a Ordem dos Advogados do Brasil e as associações legalmente constituídas há um ano, e respeitada a pertinência temática, terão legitimidade para promover ações coletivas em favor de idosos nos casos de direito difuso, coletivo, individual homogêneo e individual indisponível.

O § 2º do art. 81 do Estatuto do Idoso deve ser analisado com cuidado. Em sua literalidade, cria um dever que não se compatibiliza com o art. 9º da LAP. Nos termos do art. 81, § 2º, do Estatuto do Idoso, em caso de desistência ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado deverá assumir a titularidade ativa.

Conforme analisado amplamente no item 5.7, haverá na realidade uma faculdade de os legitimados ativos assumirem a ação diante de abandono ou desistência do autor original, não havendo qualquer sentido lógico ou jurídico em criar um dever para quem quer que seja no sentido de demandar como autor em uma ação coletiva sem fundamentação séria para prosperar. Não existe qualquer motivo para que o mesmo entendimento deixe de ser aplicado às ações coletivas envolvendo direitos de idosos, de forma que onde está escrito "deverá" deve-se compreender como "poderá".

Em previsão que repete o Código de Defesa do Consumidor, o art. 82, *caput*, do Estatuto do Idoso dispõe que todas as espécies de ação são admissíveis, inclusive o mandado de segurança, quando presentes seus requisitos, conforme previsão do parágrafo único do dispositivo ora analisado.

O art. 83 do Estatuto do Idoso, ao tratar das ações que tenham por objeto o cumprimento de uma obrigação de fazer e não fazer, é redigido parcialmente como o art. 84 do CDC, mas tem uma importante previsão a respeito das *astreintes*. O § 3º do dispositivo ora comentado é um daqueles que condicionam a executabilidade da decisão que aplica a multa ao trânsito em julgado da sentença favorável ao autor.

Já o art. 84 prevê que os valores obtidos em razão da multa serão revertidos ao Fundo do Idoso, onde houver, ou, na falta deste, ao Fundo Municipal de Assistência Social, ficando vinculado ao atendimento do idoso. Também é interessante a previsão do art. 84, parágrafo único, do Estatuto do Idoso, que determina que, não sendo executada a multa fixada a título de *astreintes* no prazo de 30 dias do trânsito em julgado, qualquer legitimado coletivo poderá dar início à execução, enquanto o Ministério Público deverá fazê-lo. Como lembra a melhor doutrina, a preferência é sempre do autor da ação coletiva, atuando os demais legitimados somente em razão de sua inércia[45].

Conforme analisado no item 19.3, existe certa divergência a respeito da possibilidade de se condenar o Ministério Público por verbas de sucumbência. O art. 88, parágrafo único, do Estatuto do Idoso é expresso em prever que não se imporá sucumbência ao Ministério Público. Ocorre, entretanto, que, sendo demonstrada a má-fé na propositura da ação coletiva, não existe qualquer razão para deixar de se aplicarem ao Ministério Público as verbas sucumbenciais, exatamente como ocorre em qualquer outra ação coletiva que não verse sobre direitos de idosos[46].

3.8. LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA (LEI 12.016/2009)

O mandado de segurança coletivo está previsto no art. 5º, LXX, da CF, mas, até o advento da Lei 12.016/2009, não havia previsão infraconstitucional que o regulamentasse. Ainda que parcialmente, os arts. 21 e 22 da citada lei passaram a cumprir tal missão. Afirma-se que a lacuna foi preenchida apenas parcialmente, porque existem inúmeras regras do microssistema coletivo que continuarão a ser aplicadas subsidiariamente ao mandado de segurança coletivo.

O art. 21, *caput*, LMS prevê a legitimidade ativa, devidamente analisada no item 13.2.3, enquanto o parágrafo único exclui de tutela o direito difuso, o que é devidamente criticado no item 5.10. O art. 22, *caput*, prevê regra quanto à eficácia subjetiva da coisa julgada material, matéria enfrentada no item 14.6. O § 1º do dispositivo prevê peculiar regra que exige a extinção da ação individual para que seu autor possa se aproveitar da coisa julgada positiva do mandado de segurança coletivo. Em virtude da significativa diferença da regra com aquela prevista no art. 104 do CDC, o tema é adequadamente examinado no item 9.5. Há também a exigência de oitiva prévia do representante judicial da pessoa jurídica de direito público no prazo de 72 horas, como condição à concessão de liminar, tratada no item 17.3.2.

Como se pode notar, são poucas as regras procedimentais previstas nesses dois artigos, sendo aplicável ao mandado de segurança coletivo fundamentalmente o procedimento previsto para o mandado de segurança individual. Inclu-

[45] Godinho, A proteção, p. 204.
[46] Godinho, A proteção, pp. 205-206.

sive o prazo de 120 dias disposto no art. 23 da Lei 12.016/2009, que, segundo entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça[47] e amplamente majoritário na doutrina[48], tem natureza decadencial, não se suspendendo ou se interrompendo após seu início. Doutrina minoritária entende que o prazo não é decadencial, porque o direito material tutelável pelo mandado de segurança poderá ser objeto de pretensão jurisdicional por meio de ação pelo rito comum. Para essa corrente doutrinária, a natureza do prazo de 120 dias é processual, gerando tão somente preclusão[49].

Aplicam-se ao mandado de segurança, portanto, as regras procedimentais previstas nos arts. 6º a 20 da Lei 12.016/2009. Como não haverá qualquer especialidade procedimental na aplicação de tais dispositivos por ser a ação coletiva, acredito que a sua análise desviará o foco do presente livro. Dessa forma, indico texto específico sobre o tema[50], totalmente aplicável ao mandado de segurança coletivo.

3.9. LEI DE DEFESA DA ORDEM ECONÔMICA (LEI 12.529/2011)

Segundo o art. 1º da Lei 12.529/2011, além de estruturar o Sistema Brasileiro de Concorrência (SBDC), a lei dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Desde a Lei 8.884/1994, era pacífico na doutrina que a defesa da ordem econômica e da economia popular tinha natureza difusa, considerando que tais bens jurídicos são de titularidade da coletividade[51], entendimento mantido pela doutrina perante a nova ordem legislativa[52]. Com a Lei 12.529/2011, a correta opinião doutrinária foi confirmada legislativamente, conforme expressa previsão do art. 1º, parágrafo único: "A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei".

Essa característica, entretanto, não afasta o cabimento de ações individuais com fundamento nas violações previstas na lei, sempre que a conduta possa gerar danos individuais. Nesse sentido, inclusive, a previsão – ainda que consideravelmente defeituosa – do art. 47 da Lei 12.529/2011. À presente obra, entretanto, interessa apenas a tutela coletiva consagrada na lei ora analisada, sendo desinteressantes tanto os aspectos de direito material como da ação individual.

[47] STJ, 1ª Turma, RMS 31.989/SC, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 05.10.2010, *DJE* 13.10.2010.
[48] Meirelles-Wald-Mendes, *Mandado*, p. 61; Menezes Direito, *Mandado*, p. 81; Almeida, *Manual*, p. 490.
[49] Marinoni-Arenhart, *Procedimento*, p. 240.
[50] Neves, Ações, 6.6, pp. 146-165.
[51] Leonel, *Manual*, 4.8, p. 129.
[52] Arbex, *Comentários*, p. 189.

Acredito que a norma mais importante para fins de tutela coletiva da Lei 12.529/2011, e ao mesmo tempo mais problemática, seja justamente o art. 47, dispositivo único do Capítulo V sob o título "Do direito de ação". Certamente, o maior mérito é deixar claro que, apesar das inúmeras providências administrativas previstas na lei, o direito de ação permanece intacto, sendo inclusive viável seu exercício sem ou durante procedimentos administrativos[53]. Contudo, no conteúdo, a norma não merece elogios.

Segundo o dispositivo legal, os prejudicados, por si ou pelos legitimados coletivos previstos no art. 82 do CDC, poderão ingressar com ação judicial para a defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos para obter a cessação do ato ilícito infracional à ordem econômica, bem como para o recebimento de indenização por perdas e danos.

Acredito que tenha havido uma mistura indevida de legitimados e espécies de direitos tuteláveis no dispositivo legal ora comentado. É inegável que qualquer sujeito que tenha direito individual ofendido por ato tipificado como infração à ordem econômica tem direito de ação para evitar a continuação do ato (tutela inibitória) e para recompor seu patrimônio em razão dos danos já suportados (tutela reparatória). No entanto, essa ação nunca poderá ter como autor os sujeitos legitimados pelo art. 82 do CDC, porque essa legitimação só é justificável para a defesa em juízo de direitos coletivos *lato sensu*.

Por outro lado, os legitimados coletivos não se limitam a tutelar em juízo direitos individuais homogêneos, como sugere a interpretação literal do art. 47 da Lei 12.529/2011. Conforme já afirmado, o art. 1º, parágrafo único, da Lei ora analisada consagra a natureza difusa do direito à preservação da ordem econômica, de forma que ações coletivas nesse sentido terão como objeto um direito difuso, e não um individual homogêneo, como previsto. Até acredito que a ação possa ter como objeto direito individual homogêneo, mas a limitação legal não deve ser prestigiada, devendo ser afirmado que direitos coletivos e difusos também podem ser tutelados por ação judicial.

Lamenta-se, portanto, equívoco já presente no art. 29 da Lei 8.884/1994 e mantido pelo art. 47 da Lei 12.529/2011.

Segundo o art. 93 da Lei ora analisada, a decisão do Plenário do CADE cominando multa ou impondo obrigação de fazer e não fazer constitui título executivo extrajudicial. A competência para a execução é prevista pelo art. 97, que cria foros concorrentes, a escolha do exequente, da Justiça Federal do Distrito Federal ou da sede ou domicílio do executado.

Nos termos do art. 94, caso a execução tenha como objeto exclusivamente a multa pecuniária, será feita de acordo com a Lei 6.830/1980, ou seja, tratar-se-á de execução fiscal. Segundo a melhor doutrina, a executividade

[53] Taufick, *Nova Lei*, p. 293.

nesse caso dependerá da inscrição do valor reconhecido como devido na Dívida Ativa[54].

Tendo a execução como objeto obrigação de fazer ou não fazer, o art. 95 prevê regra idêntica àquela existente no art. 497 do Novo CPC, permitindo que o juiz conceda a tutela específica ou determine providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Interessante medida executiva por sub-rogação é a intervenção judicial quando necessária para permitir a execução específica, tratada no Capítulo II, dos arts. 102 a 111 da Lei 12.529/2011.

Todo o capítulo destinado à execução dá a entender que a legitimidade é do CADE, responsável pela formação do título executivo extrajudicial mencionado no art. 93 da Lei 12.529/2011[55]. Ocorre, entretanto, que, sendo um direito coletivo *lato sensu* o fundamento da imposição de multa ou de obrigação de fazer e não fazer contida no título executivo, não somente o CADE terá legitimidade para executá-lo, mas também qualquer legitimado coletivo previsto pelos arts. 82 do CDC e 5º da LACP. Trata-se de uma legitimidade subsidiária, que só será considerada no caso concreto diante da inércia injustificada do CADE na execução do título extrajudicial.

Da mesma forma que o Ministério Público tem legitimidade para executar título executivo extrajudicial formado pelos tribunais de conta, também se deve reconhecer sua legitimidade ativa para executar a decisão do Plenário do CADE diante da inércia do órgão.

3.10. LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI 12.846/2013)

Os aspectos processuais da Lei 12.846/2013 estão concentrados nos arts. 18 a 21 da referida Lei sob o título "Da responsabilização judicial". É verdade que o legislador teria feito melhor se o título fosse "Do processo judicial" ou algo semelhante, como ocorre na Lei 8.429/1992, no entanto, naturalmente, o que mais importa é o conteúdo das normas e não o nome do capítulo sob o qual estão previstas.

O art. 18 da Lei 12.846/2013 deixa claro que eventual responsabilização da pessoa jurídica na esfera administrativa não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial exceto quando expressamente previsto na celebração de acordo de leniência, observado o disposto no § 11, no § 12 e no § 13 do art. 16. (*Redação dada pela Medida provisória nº 703, de 2015*). A conclusão gerada pelo dispositivo é intuitiva porque são diferentes as sanções previstas pelo art. 6º, referentes ao processo administrativo, e aquelas previstas pelo art. 19, referentes ao processo judicial.

[54] Drago, Comentários, p. 308.
[55] Drago, Comentários, p. 307.

No primeiro, tem-se multa e publicação extraordinária da decisão condenatória, enquanto, no segundo, tem-se o perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; a suspensão ou interdição parcial de suas atividades; a dissolução compulsória da pessoa jurídica; e a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de um e máximo de 5 anos.

Dessa forma, ainda que a pessoa jurídica tenha sido devidamente sancionada no âmbito administrativo, não haverá qualquer impedimento para que se busque pela via judicial a aplicação de outras sanções, que, inclusive, só podem ser aplicadas após o devido processo legal judicial. A diferença de sanções afasta qualquer possibilidade de *bis in idem*.

Parece não haver maiores dúvidas acerca da espécie de ação judicial versada sobre a lei ora comentada, posto a natureza difusa do direito tutelado por meio dela. Ademais, o art. 21 da Lei 12.846/2013 prevê que, nas ações de responsabilização judicial, será adotado o rito previsto na Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, o que é suficiente para se concluir que a referida ação é coletiva. Trata-se de mais uma espécie de ação coletiva visando a tutela do patrimônio público, vindo a se somar com a ação popular, a ação civil pública e a ação de improbidade administrativa.

Certamente, nesse tocante, será ressuscitada a discussão já há muito presente envolvendo a ação civil pública e a ação de improbidade administrativa; e a conclusão será a mesma: pouco importa se a chamada ação de responsabilização judicial é ou não uma ação civil pública. O que importa é que a referida ação segue substancialmente o procedimento da ação civil pública com certas peculiaridades, exatamente como acontece com a ação de improbidade administrativa. E são justamente essas peculiaridades que interessam na presente análise.

O art. 19 da Lei 12.846/2013 prevê a legitimidade ativa para a ação de responsabilização judicial: União, Estados, Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público. Como se pode notar, a ação ora analisada tem legitimidade ativa ainda mais restritiva do que ocorre na ação de improbidade administrativa.

Além do Ministério Público, a pessoa jurídica interessada tem legitimidade ativa para a propositura da ação de improbidade administrativa. Existe uma dúvida a respeito da legitimidade de pessoas jurídicas de direito privado para ingressar com tal ação, mas é indubitável a legitimidade de toda pessoa jurídica de direito público, da administração direta ou indireta, de fazê-lo. Já na ação ora analisada a legitimidade está restrita, além do Ministério Público, às pessoas jurídicas de direito público da administração direta, o que cria indiscutível limitação quanto à legitimidade ativa.

Até então a ação de improbidade administrativa, ao afastar a legitimidade ampla do art. 5.º da Lei 7.347/1985, era considerada a espécie de ação coletiva com a mais restritiva legitimidade ativa, posto agora perdido para a ação de responsabilização judicial, que tem uma restrição ainda mais severa.

Como a Lei 12.846/2013 se limita a regulamentar a responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, naturalmente o polo passivo será formado exclusivamente pela pessoa jurídica que pratica ato lesivo previsto no art. 5.º da mesma Lei. Exatamente como ocorre com a ação de improbidade administrativa, entendo que a pessoa jurídica de direito público que tem legitimidade ativa não tem legitimidade passiva originária na hipótese de o autor da ação ser o Ministério Público. Nesse caso, deve a pessoa jurídica de direito público ser intimada da existência da ação, podendo quedar-se inerte ou assumir um dos polos da demanda.

E também não há espaço para a presença de pessoas físicas no polo passivo, inclusive os agentes públicos envolvidos no ato ilícito. Não que as responsabilidades das pessoas físicas envolvidas na ilicitude sejam excluídas pela responsabilização da pessoa jurídica, elas só não serão objeto da ação judicial ora analisada. Nesse sentido o art. 3º, *caput*, da Lei 12.846/2013.

Além da restritiva legitimidade ativa e passiva da ação ora analisada, os possíveis pedidos a distingue das demais espécies de ação coletiva que visam tutelar o patrimônio público. Segundo o art. 19 da Lei 12.846/2013, podem ser cumulados os pedidos de: (I) perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; (II) suspensão ou interdição parcial de suas atividades; (III) dissolução compulsória da pessoa jurídica; (IV) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de um ano e máximo de 5 anos.

Apesar da omissão legal, é tranquilo que também possam ser cumulados os pedidos de anulação do ato ilícito e de condenação por perdas e danos. Na realidade, o art. 21, parágrafo único, da lei ora analisada dá a entender que a condenação por perdas e danos é um pedido implícito dessa ação ao prever que a condenação torna certa a obrigação de reparar, integralmente, o dano causado pelo ilícito, cujo valor será apurado em posterior liquidação, se não constar expressamente da sentença. De qualquer forma, o mais seguro é realizar o pedido expresso nesse sentido.

Além disso, nos termos do art. 20, *caput* da Lei 12.846/2013, nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, além das sanções previstas no art. 19, poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º (multa e publicação da sentença) desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa. A MP 703/2015 incluiu no artigo um parágrafo único que prevê que a proposta do acordo de leniência poderá ser feita mesmo após eventual ajuizamento das ações cabíveis.

Entendo que tal pedido não é exclusivo do Ministério Público como autor, também podendo ser elaborado quando for autora da ação a pessoa jurídica de direito público lesada. É natural que, nesse caso, a própria autora da ação judicial possa responsabilizar a pessoa jurídica que figure como ré no processo por meio do processo administrativo previsto no Capítulo III da Lei 12.846/2013. Não parece, entretanto, compatível com o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF) exigir esse processo administrativo como condição do exercício do direito de ação, de forma que, se por alguma razão, a pessoa jurídica de direito público quiser ingressar diretamente com a ação judicial, será possível fazer os pedidos previstos no art. 6º da Lei ora comentada.

Os pedidos previstos nos incisos II, III e IV do art. 19 da Lei 12.846/2013 têm natureza de sanção, a exemplo dos pedidos de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios cabíveis na ação de improbidade administrativa.

Das sanções previstas, a mais radical é a dissolução compulsória da pessoa jurídica, daí por que a preocupação do legislador em prever as hipóteses específicas em que poderá ocorrer. Segundo o § 1º do art. 19, a dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado: (I) ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou (II) ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

Como também ocorre na ação de improbidade administrativa, o art. 19, § 3.º, da Lei 12.846/2013 prevê que as sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa. Além disso, também como ocorre na ação de improbidade administrativa, o prazo da proibição previsto pelo inciso IV do mesmo dispositivo deve ser fixado tomando-se por base a razoabilidade e proporcionalidade, exatamente como ocorre na dosagem da pena pela prática dos ilícitos penais.

No tocante à tutela cautelar, o art. 19, § 4.º, da Lei 12.846/2013 tem bons e maus momentos.

Ao prever que o Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, o dispositivo afasta divergência atualmente existente na ação de improbidade administrativa quanto a possibilidade de tal medida para garantia do pagamento da multa civil.

Inexplicável, por outro lado, é prever a "*reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7º*", porque o artigo mencionado versa sobre os elementos que devem ser considerados para a aplicação da multa prevista no art. 6º, I, em nada se referindo à indenização por perdas e danos. Afinal, sanção e reparação são inconfundíveis, inclusive quanto aos elementos que devem ser considerados para sua fixação.

Conclusivamente, entendo que os pedidos típicos da ação de improbidade administrativa e da ação de responsabilização judicial podem ser cumulados, desde que o autor tenha legitimidade para ambas as ações. Não vejo qualquer problema em termos o Ministério Público ou a pessoa jurídica de direito público da administração direta lesada pelo ato ilícito cumulando essas pretensões em uma mesma ação coletiva contra as pessoas jurídicas e físicas responsáveis e/ou beneficiadas pela ilicitude.

3.11. LEI DO MANDADO DE INJUNÇÃO (Lei 13.300/2016)

A Lei 13.300/2016 cuidou do mandado de injunção coletivo em dois de seus artigos. Como se pode notar, os arts. 12 e 13 de referida lei não tratam especificamente do procedimento do mandado de injunção coletivo, sendo possível concluir que, sendo coletivo ou individual, o procedimento será o mesmo.

Quanto ao mandado de injunção coletivo, sempre houve a firme percepção pela legitimidade ativa dos sujeitos previstos nos arts. 5º da LACP e 82 do CDC, já tendo decidido o Supremo Tribunal Federal que, tendo a associação um ano de existência e respeitada a pertinência temática, ela tem legitimidade ativa para o mandado de injunção coletivo[56]. Essa percepção foi confirmada pelo art. 12 da Lei 13.300/2016, que contém expressa relação dos legitimados à propositura do mandado de injunção coletivo.

No tocante à legitimidade ativa do Ministério Público, sempre entendi que somente na hipótese de substituição processual se poderia, ainda que em tese, defendê-la. Como é entendimento pacificado na doutrina e jurisprudência, o cabimento do mandado de injunção coletivo, na defesa de direitos da coletividade e de direitos coletivos de um grupo, classe ou categoria de pessoas, bastaria para legitimar ativamente o Ministério Público em razão da aplicação do art. 129, III, da CF, que atribui a legitimidade ativa para o *parquet* na defesa de qualquer direito difuso ou coletivo.

Essa legitimidade ativa, naturalmente, não é restrita a determinadas espécies de ações coletivas, de forma que também deve ser admitida no mandado de injunção coletivo. O entendimento foi confirmado pelo art. 12, I, da Lei 13.300/2016, ao prever a legitimidade do Ministério Público quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis.

Como se pode notar da redação do dispositivo legal, o legislador criou uma excepcional exigência de pertinência temática para o Ministério Público, o que contraria a regra existente para a propositura de outras espécies de ação coletiva na defesa de direitos transindividuais. Há, no texto legal, condições para que o Ministério Público possa legitimamente participar do polo ativo, o que tende a restringir sua presença como autor do mandado de injunção coletivo.

[56] STF, Tribunal Pleno, MI 4.503 AgR/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 07/11/2013, *DJe* 03/12/2013.

Para que o partido político tenha legitimidade ativa no mandado de injunção o art. 12, II, da Lei 13.300/2016, exige o preenchimento de dois requisitos: (a) representação no Congresso Nacional; (b) pertinência temática, estando a atuação limitada a assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária. São requisitos também exigidos dos partidos políticos para a propositura do mandado de segurança coletivo, sendo aqui cabíveis os comentários feitos no Capítulo 6, item 6.15.2.

Nos termos do inciso III do art. 12 da Lei 13.300/2016, são legitimados ativos para o mandado de injunção coletivo a entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial. O dispositivo repete, com a adequação necessária quanto ao objeto da tutela, o art. 21, *caput*, da Lei 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança), devidamente analisado no Capítulo 6, item 6.15.2.

Apesar de prevista expressamente no art. 5º, II, da Lei 7.347/85, a legitimidade ativa da Defensoria Pública no processo coletivo suscita intensos debates a respeito da possibilidade de sua atuação além da tutela dos hipossuficientes econômicos. Aparentemente tentando se manter à margem de tal dissenso, o art. 12, IV, da Lei 13.300/16, ao prever a legitimidade ativa da Defensoria Pública para o mandado de injunção é expresso quando à pertinência temática exigida: tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

Como se pode notar da mera leitura do dispositivo legal, há, além da previsão de tutela dos direitos humanos, remissão expressa ao art. 5º, LXXIV, da CF, que prevê a tutela aos hipossuficientes econômicos. Em razão da expressa previsão legal, entendo não ser possível, especificamente no mandado de injunção coletivo, atribuir-se legitimidade ativa para a Defensoria Público para a tutela dos hipossuficientes organizacionais, ainda que a defesa de tais sujeitos possa ser incluída em atividade atípica da Defensoria Pública.

Há um outro ponto peculiar no dispositivo legal ora comentado. Apesar de o *caput* do art. 12 da Lei 13.300/16 ser expresso no sentido de o dispositivo tratar da legitimidade ativa para o mandado de injunção coletivo, seu inciso IV, ao prever a legitimidade ativa da Defensoria Pública para a tutela dos hipossuficientes econômicos, prevê a possibilidade de defesa de seus direitos individuais e coletivos.

O dispositivo é realmente enigmático nesse ponto. Uma aparente solução interpretativa seria apontar tratar-se de direito individual homogêneo, tutelável pelo microssistema coletivo. Essa solução, entretanto, contraria o disposto no parágrafo único do art. 12 da Lei 13.300/16, que limita o cabimento do mandado de injunção coletivo para a tutela de direitos difusos e coletivos. A outra solução,

possível de se compreender pela legitimidade extraordinária da Defensoria Pública para o mandado de injunção individual para tutelar hipossuficiente econômico, contraria o art. 3º da Lei 13.300/16, que prevê como legitimadas para tal ação apenas as pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas tuteláveis pelo mandado de injunção.

O melhor a fazer é simplesmente ignorar o dispositivo nesse tocante, atribuindo a previsão a erro manifesto do legislador, incapaz de gerar qualquer efeito no plano prático.

Registre-se que, ao se comparar os arts. 5ª da LACP e 82 do CPC com o art. 12 da Lei 13.300/2016, nota-se uma importante ausência: a pessoa jurídica de direito público, que, apesar de legitimada para a propositura das ações coletivas em geral, não tem legitimidade na hipótese específica do mandado de injunção coletivo. A omissão legislativa é justificável, porque de duas uma: ou o legitimado seria o próprio órgão omisso, o que não tem qualquer sentido lógico; ou seria outro órgão, o que criaria um indesejável e dispensável conflito entre órgãos públicos com a intermediação do Poder Judiciário.

No parágrafo único do art. 12 da Lei 13.300/2016, há interessante previsão que limita a tutela coletiva por meio do mandado de injunção coletivo aos direitos transindividuais. Nos termos do dispositivo legal, os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria.

Ao prever direitos pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas, o dispositivo indica o direito difuso, conceituado pelo art. 81, parágrafo único, I, do CDC, como sendo o direito transindividual, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Já quando prevê o direito pertencente a sujeitos que formam um grupo, classe ou categoria, trata do direito coletivo, conceituado pelo art. 81, parágrafo único, II, do CDC, como sendo o direito transindividual, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Dessa forma, mesmo sendo o direito individual homogêneo, e alguns espécies de direito individual indisponível, tuteláveis pelo microssistema coletivo, na hipótese específica do mandado de injunção, os únicos direitos tuteláveis pelo microssistema coletivo serão os difusos e coletivos[57].

No tocante à coisa julgada material, prevê o art. 13, *caput*, da Lei 13.300/2016, que no mandado de injunção coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente às pessoas integrantes da coletividade, do grupo, da classe ou da categoria substituídos pelo impetrante, sem prejuízo do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 9º do mesmo diploma legal.

[57] Contra: Fonseca, *O processo*, n. 34, pp. 174-175.

O dispositivo legal não tem aptidão – e acredito que nem a pretensão – de criar uma espécie diferenciada de formação de coisa julgada no mandado de injunção coletivo se tomarmos como ponto de análise esse fenômeno processual no microssistema coletivo. Nos termos do art. 103, I, do CDC, a coisa julgada em ações que tenham como objeto direito difuso se opera *erga omnes*, e na hipótese de direito coletivo o inciso II do mesmo dispositivo legal prevê a coisa julgada *ultra partes*. E assim também será no mandado de injunção coletivo.

A exceção a essa hipótese, que na realidade só interessa ao direito coletivo, já que no direito difuso serão todos atingidos pela coisa julgada material, fica por conta das previsões de eficácia *ultra partes* dos §§ 1º e 2º do art. 9º, da Lei 13.300/2016. Nesse caso, entretanto, a peculiaridade não é da tutela coletiva obtida no mandado de injunção, mas sim da própria ação constitucional, já que tais dispositivos também são aplicáveis ao mandado de injunção individual.

Significa dizer que, na hipótese de direitos coletivos, será possível a extensão da coisa jugada material além dos sujeitos pertencentes ao grupo, classe ou categoria tutelada pelo mandado de injunção. Ou seja, uma eficácia *ultra partes*, indo além, inclusive, dos sujeitos que compõem o grupo, classe ou categoria tutelada pela ação judicial.

Nos termos do art. 13, parágrafo único, da Lei 13.300/2016, o mandado de injunção coletivo não induz litispendência em relação aos individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante que não requerer a desistência da demanda individual no prazo de 30 dias a contar da ciência comprovada da impetração coletiva. A norma repete o art. 22, § 1º, da Lei 12.016/2009.

4

ESPÉCIES DE PROCESSO COLETIVO

Sumário: 4.1. Processo coletivo comum: 4.1.1. Introdução; 4.1.2. Ação popular; 4.1.3. Mandado de segurança coletivo; 4.1.4. Ação de improbidade administrativa; 4.1.5. Ação civil pública; 4.1.6. Mandado de injunção coletivo – 4.2. Processo coletivo especial: 4.2.1. Introdução; 4.2.2. Ação direta de inconstitucionalidade; 4.2.3. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão; 4.2.4. Ação declaratória de constitucionalidade; 4.2.5. Ação de descumprimento de preceito fundamental – 4.3. Processos pseudocoletivos (ações pseudocoletivas) – 4.4. Ações pseudoindividuais.

4.1. PROCESSO COLETIVO COMUM

4.1.1. Introdução

O processo coletivo comum é constituído de diferentes espécies de ações coletivas, com um ponto de coincidência: em todas elas se busca a tutela concreta de um direito material protegido pelo microssistema coletivo, seja em razão de sua violação ou de uma ameaça de violação. Há, portanto, processo coletivo preventivo e reparatório, mas sempre com a necessidade de existência de uma situação concreta a ser tutelada, resolvendo o processo um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou uma ameaça de violação à norma de direito material tutelado pelo microssistema coletivo. Na elegante explicação doutrinária, o processo coletivo comum é destinado à tutela jurisdicional do direito subjetivo coletivo em sentido amplo[1].

Entendo que o processo coletivo comum pode ser estudado tomando-se por base cinco diferentes espécies de ação: (i) ação popular; (ii) ação civil pública; (iii) ação de improbidade administrativa; (iv) mandado de segurança coletivo;

[1] Almeida, Direito, 4.2, p. 140.

(v) mandado de injunção coletivo. Estas, a meu ver, são espécies de ação coletiva pertencentes ao chamado "processo coletivo comum"[2].

Reconheço a divergência a respeito da nomenclatura "ação coletiva", em especial quando comparada com "ação civil pública". Para parcela doutrinária são expressões sinônimas, não existindo diferença entre elas, tampouco interesse prático na distinção[3]. Para outra parcela doutrinária há diferença entre as expressões, embora não haja concordância a respeito do parâmetro de diferenciação, sendo possível a indicação de três correntes:

(a) Ação civil pública é a ação proposta pelo Ministério Público, enquanto a ação coletiva é ajuizada por outros legitimados coletivos[4], entendimento fundado em razões históricas e na legitimação exclusiva do Ministério Público na propositura da ação pública, tanto penal como civil;

(b) Ação civil pública é a que tutela direitos difusos e coletivos, únicos direitos previstos na Lei 7.347/1985, enquanto a ação coletiva se prestaria a tutelar os direitos individuais homogêneos, que encontram previsão somente no CDC[5];

(c) Ação civil pública é a regulamentada pela Lei 7.347/1985 e a ação coletiva, pela Lei 8.078/1990[6].

Conforme ensina a melhor doutrina, a nomeação das ações é algo ultrapassado, condizente com uma época imanentista do Direito, na qual não se conseguia distinguir o direito material do direito processual[7]. Portanto, dividir o chamado "processo coletivo" em diferentes espécies de ações e entendê-las como espécies de ações coletivas tem como objetivo apenas uma melhor organização didática, em especial no tocante à indicação de importantes diferenças procedimentais existentes entre elas.

Tome-se como exemplo da dificuldade de entendimento homogêneo a respeito do tema a divergência acerca da natureza da ação de improbidade administrativa. Para alguns, ela não é espécie de ação civil pública[8], havendo inclusive aqueles que preferem uma aproximação com a ação popular[9]. Para outra corrente doutrinária, a ação de improbidade administrativa é uma espécie de ação civil pública[10], sendo

[2] Com entendimento próximo: Shimura, Tutela, p. 43; Souza, Ação civil pública, pp. 39-40; Andrade-Masson-Andrade, Interesses, pp. 43-44.

[3] Scarpinella, Curso, p. 210; Leal, Ações coletivas, p. 188; Dinamarco, Ação civil pública, p. 17; Vigliar, Ação civil pública ou ação coletiva?, p. 453.

[4] Mazzilli, A defesa, pp. 73-74.

[5] Lopes, Aspectos, 1.3.2, p. 40; Zavascki, Processo coletivo, pp. 56-58.

[6] Arruda Alvim, apud Leal, Ações, p. 188.

[7] Vigliar, Ação civil pública ou ação coletiva?, pp. 441-443; Lenza, Teoria, 2.3, pp. 157-158.

[8] Meirelles-Wald-Mendes, Mandado, pp. 257-258; Carvalho Filho, Manual, 14.7, p. 1.011; Alves, Ação, pp. 309-343.

[9] Figueiredo, Ação, p. 330.

[10] Garcia-Alves, Improbidade, p. 624; Andrade-Masson-Andrade, Interesses, n. 6.12.1, p. 728; Assagra, Direito, p. 459; Gomes Jr.-Favreto, Comentários, pp. 301-302.

esse o entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça[11]. A discussão, entretanto, não tem grande repercussão prática.

Chamar ou não a ação regulada pela Lei 8.429/1992 de ação civil pública é formalidade que não muda a realidade, ou seja, trata-se de uma ação coletiva que visa à tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa regida pela Lei 8.429/1992, subsidiariamente pelo microssistema coletivo, e residualmente pelo Código de Processo Civil[12]. Da mesma forma ocorre com o nome da ação pela qual se busca a tutela do patrimônio público, movida por cidadão (ação popular), e a ação de procedimento documental sumarizado pela qual se impugna violação ou ameaça de violação a direito coletivo ou individual homogêneo líquido e certo (mandado de segurança coletivo).

O nome, realmente, pouco importa, mas a distinção terminológica serve para destacar as diferenças entre as espécies de direito material tutelado e algumas especificidades procedimentais existentes para a tutela dos direitos protegidos pelo microssistema coletivo.

4.1.2. Ação popular

4.1.2.1. Hipóteses de cabimento

As hipóteses de cabimento da ação popular encontram-se previstas no art. 5º, LXXIII, da CF, sendo possível dividi-las em três: (a) anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe; (b) anulação de ato lesivo à moralidade administrativa; (c) anulação de ato lesivo ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. No art. 1º, *caput*, da Lei de Ação Popular, está consagrada a lesividade ao patrimônio público como fundamento para a ação popular, enquanto o § 1º do mesmo dispositivo conceitua o patrimônio público a ser protegido como bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

Já se pode adiantar a amplitude de tutela derivada da reunião dos dispositivos legais mencionados, sendo tranquilo o entendimento de que, por meio da ação popular, se tutelam tanto os bens materiais que compõem o patrimônio público como também os bens imateriais. Ao prever a tutela do meio ambiente e do patrimônio histórico, artístico, estético e cultural, o legislador passou a permitir, por meio da ação popular, a tutela de bens pertencentes não a uma pessoa jurídica de direito público específica, mas a toda a coletividade. Como bem ensina a doutrina, é tão lesiva ao patrimô-

[11] Informativo 560/STJ, 1ª Turma, REsp 1.191.613-MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 19/3/2015, DJe 17/4/2015; Informativo 559/STJ, 1ª Seção, CC 131.323-TO, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 25/3/2015, DJe 6/4/2015.

[12] Costa, O processo, pp. 126-127.

nio público a destruição de um prédio sem valor econômico, mas de grande relevância artística e/ou histórica, como a alienação de um imóvel por preço vil, realizada por favoritismo[13].

Ainda que se admita e elogie a amplitude atual de tutela obtenível por meio de ação popular, não se pode concordar com corrente doutrinária que defende seu cabimento para a tutela difusa do consumidor, como, por exemplo, a ação promovida contra a União, por meio do Ministério da Saúde, em razão de propaganda indevida de cigarro[14]. A tentativa vem sendo corretamente rejeitada pelo Superior Tribunal de Justiça[15], que limita a ação popular à proteção dos valores constantes expressamente do texto constitucional, no qual não se inclui o direito difuso do consumidor.

Conforme ensinamentos da melhor doutrina, na ação popular são tuteláveis apenas direitos materiais difusos, sendo, nesse caso, mais restrita que a ação civil pública, por meio da qual se pode tutelar todas as diferentes espécies de direito material protegidas pelo microssistema coletivo[16].

O art. 5º, LXXIII, da CF, ao mencionar expressamente a existência de um ato lesivo, pode passar a enganosa impressão de que as omissões que violam os valores tutelados pela ação popular não permitem o ingresso de tal ação. Não é esse, entretanto, o melhor entendimento, porque a lesão ao patrimônio público, moralidade administrativa, meio ambiente e patrimônio histórico e cultural também podem decorrer de omissão[17]. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de decidir que tanto o ato comissivo quanto o ato omissivo podem ser objeto de ação popular[18].

Basta imaginar que a ausência de atuação do Poder Público ameace ou mesmo gere efetiva violação ao patrimônio público, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico, artístico, estético e cultural. O desvio de verbas destinadas à adoção de medidas preventivas contra enchentes justifica o ingresso de ação popular quando a inundação afetar, por exemplo, o patrimônio histórico. Até mesmo a moralidade administrativa pode ser violada por ato omissivo, ainda que, na prática, seja mais raro de ocorrer.

Sendo uma omissão a conduta impugnada por meio da ação popular, não haverá sentido em o autor elaborar pedido anulatório, pois não existirá qualquer ato a ser anulado. O pedido, nesse caso, portanto, será de natureza meramente declaratória, limitando-se a buscar a certeza jurídica de que houve uma omissão ilícita violadora dos valores tutelados pela ação popular. É a demonstração

[13] Meirelles-Wald-Mendes, *Mandado*, p. 173.

[14] Assagra, *Manual*, p. 359.

[15] STJ, 1ª Turma, REsp 818.725/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 13.05.2008, *DJE* 16.06.2008.

[16] Gajardoni, Direitos II, p. 103.

[17] Silva, *Ação*, pp. 126-127; Meirelles-Wald-Mendes, *Mandado*, pp. 177-178; Gajardoni, Direitos Difusos e coletivos II, pp. 103-105.

[18] STJ, 1ª Turma, REsp 295.604/MG, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 07/10/2010, DJe 21/10/2010.

definitiva de que a tutela meramente declaratória também pode ser obtida nessa espécie de ação coletiva.

Ainda em interpretação ao art. 5º, LXXIII, da CF, a literalidade do dispositivo dá a entender que só pode ser objeto de ação popular ato já praticado, pertencente ao passado, veiculando-se sempre pedido de tutela reparatória pelos danos suportados em razão de tal conduta. Como a melhor doutrina já teve a oportunidade de afirmar, esse entendimento não é compatível com o atual estágio processual[19], no qual o princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no art. 5º, XXXV, da CF, é concretizado no ideal de um acesso à ordem jurídica justa, sendo para isso indispensável a existência de mecanismos processuais aptos não só a reparar lesão de atos já realizados, como também para evitar que atos ilícitos sejam praticados.

Significa que limitar a ação popular a pretensões reparatórias, voltadas à tutela de um direito já lesionado, não se coaduna com o atual estágio da ciência processual e indevidamente apequena tão importante ação constitucional. Na busca de evitar a prática de um ato ilícito pelo agente público, atentatório aos valores protegidos pela ação popular, é inegável a viabilidade de uma ação coletiva preventiva, por meio da qual se busque a obtenção de tutela inibitória.

A tutela inibitória surge historicamente com o objetivo de tutelar direitos materiais que não encontravam na tutela reparatória uma proteção plena, ou, ainda pior, nenhuma proteção. Sendo promessa constitucional a inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5.º, XXXV, da CF), notou-se a imprescindível necessidade de admitir uma tutela ampla e genérica capaz de proteger esses direitos materiais de forma efetiva. Direitos tais como o da integridade física, personalidade, saúde, meio ambiente, patrimônio histórico e cultural, entre outros, não encontram na tutela reparatória concretização da promessa constitucional de que nenhum direito agredido ou afrontado será excluído do Poder Judiciário. A fim de fazer valer a inafastabilidade da jurisdição, é aceita a ideia de uma tutela inibitória geral.

Naturalmente que, para a plena recomposição do erário, diferente da recomposição do meio ambiente ou do patrimônio histórico e cultural, a tutela reparatória é hábil meio de tutela de direitos, mas ainda assim a tutela inibitória poderá ser utilizada no caso concreto. É lição tranquila na doutrina que, mesmo tendo a tutela inibitória surgido para preencher um vácuo deixado pela tutela reparatória, estando voltada para determinados direitos materiais que necessitavam de uma proteção preventiva por meio da jurisdição, logo se notou que, mesmo naqueles casos em que é possível e eficaz a tutela reparatória, pode ser preferível a tutela inibitória. Aplica-se no âmbito jurídico um antigo e conhecido brocardo popular: "melhor prevenir do que remediar". Não é correto falar de preferência de uma espécie de tutela, mas é indiscutível que mesmo naquelas

[19] Abelha Rodrigues-Klippel, *Comentários*, p. 180.

situações em que cabível a tutela reparatória pode a parte, sempre que possível, optar pela tutela inibitória[20].

A tese da tutela inibitória funda-se na exata definição de ato ilícito, cuja prática se pretende evitar. Durante muito tempo, condicionou-se a prestação de tutela jurisdicional à existência de um dano, o que até se justificava à época em que se imaginava ser a tutela reparatória a única existente. A dificuldade pode ser facilmente percebida pelo art. 186 do CC, que, ao conceituar o ato ilícito, indica a necessidade da presença de três elementos: contrariedade ao direito, culpa ou dolo e dano. A imprecisão do dispositivo é evidente, considerando-se que o ato ilícito é tão somente o ato contrário ao direito, sendo alheios ao seu conceito os elementos da culpa ou dolo e do dano. O art. 186 do CC não conceitua o ato ilícito, apenas descreve os elementos necessários para a obtenção da tutela reparatória.

Dessa forma, a tutela reparatória, sempre voltada para o passado, buscando a reparação do prejudicado, demanda ao menos dois elementos: *ato contrário ao direito* e *dano*, considerando-se que, mesmo nessa espécie de tutela, a culpa ou o dolo podem ser dispensados na hipótese de responsabilidade objetiva, como ocorre, por exemplo, no direito ambiental. A tutela inibitória, sempre voltada para o futuro, buscando evitar a prática do ato ilícito, preocupa-se exclusivamente com o ato contrário ao direito, sendo-lhe irrelevante a culpa ou o dolo e o dano[21].

Apesar da aceitação pacífica do cabimento da ação popular preventiva, nesse tocante ainda se pode notar na doutrina alguma confusão entre ato ilícito e dano, ainda mais no âmbito da ação popular, tradicionalmente associada ao binômio ilegalidade-lesividade. Dessa forma, é comum encontrar em lições doutrinárias que a ação popular preventiva está voltada a evitar os efeitos nocivos do ato ilícito, e não a prática do ato ilícito em si[22].

Nessa concepção, melhor seria tratar a tutela como de remoção do ilícito, e não como tutela inibitória, ainda que ambas sejam espécies de tutela preventiva. Como ensina a melhor doutrina, existe uma diferença entre efeitos continuados do ato ilícito e a prática continuada do ilícito. Na hipótese de o ato ser continuado, é possível imaginar uma tutela que impeça sua continuação, sendo o caso de tutela inibitória. Por outro lado, é possível que o ato ilícito faça parte do passado, não mais existindo, o que não se pode afirmar quanto aos seus efeitos, que continuam a ser gerados. Nessa hipótese, não se pode falar em evitar a continuação do ato porque o ato ilícito já foi praticado na sua totalidade, por exemplo, no caso de um despejo de lixo tóxico em determinada área, que já foi realizado e continua a gerar seus efeitos. Será o caso de tutela de remoção do ilícito[23]. Segundo entendimento pacificado na doutrina e na jurisprudência, tanto

[20] Scarpinella Bueno, *Curso*, pp. 272-273.

[21] Marinoni, *Tutela*, 3.2-3.4, pp. 40-50.

[22] Medauar, *Direito*, n. 18.7.9, p. 426; Meirelles-Wald-Mendes, *Mandado*, p. 177.

[23] Marinoni, *Tutela*, 3.21, pp. 152-155.

os atos vinculados como os discricionários podem ser objeto de ação popular, sendo possível se valer, por analogia, das ideias de ilegalidade e abuso de poder constantes do art. 5º, LXIX, da CF, que regulamenta o cabimento do mandado de segurança. Significa que não somente se fará o controle do desvio do padrão legal, mas também da razoabilidade no exercício do poder discricionário estatal, que não pode ser exercido sem qualquer espécie de controle pelo Poder Judiciário. Além da exigência de motivação na prática de tais atos[24], o próprio mérito do ato administrativo pode ser objeto de análise em sede de ação popular, já que a discricionariedade não permite a contrariedade ao ordenamento jurídico, tampouco o desatendimento ao interesse público específico do ato praticado[25]. O tema da implementação de políticas públicas por meio de ação coletiva é desenvolvido no Capítulo 5, item 5.3.3.

Tradicionalmente, admite-se a ação popular contra atos administrativos em geral, havendo forte resistência em aceitar tal ação como meio de impugnação a atos jurisdicionais[26]. Parcela da doutrina ainda faz distinção entre ato jurisdicional, praticado pelo juiz no exercício da jurisdição, e ato judicial, praticado pelo juiz em atividade administrativa, como aqueles praticados em processos de jurisdição voluntária, tal como a expedição de alvará para alienação de bem em prejuízo do erário[27]. Como defendo a natureza jurisdicional da jurisdição voluntária, não me parece acertada a distinção sugerida.

A natureza jurisdicional da jurisdição voluntária não afasta, entretanto, a possibilidade de membros do Poder Judiciário praticarem atos de natureza administrativa, que, se ilegais e lesivos ao patrimônio público, poderão ser objeto de ação popular. Um ato administrativo do presidente do tribunal que determina a incineração de autos de processos que tenham valor histórico e/ou cultural, bem como um ato de aquisição de material sem a devida licitação e por preço maior que o de mercado são atuações administrativas do Poder Judiciário passíveis de impugnação por meio da ação popular.

O que não me parece legítimo é tratar a ação popular como um sucedâneo recursal externo, isto é, uma ação autônoma de impugnação de ato judicial, seja ele proferido em processo de jurisdição contenciosa ou voluntária. Registrem-se, entretanto, posições recentes adotadas pelo Superior Tribunal de Justiça que excepcionam a tese ora defendida. Primeiro, a existência de decisões que admitem a ação popular quando cabível a ação anulatória prevista pelo art. 966, § 4º, do CPC[28]. Segundo, a existência de decisões que permitem a utilização de ação coletiva como meio instrumental para a relativização da coisa julgada in-

[24] STJ, 1ª Seção, MS 9.944/DF, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 25.05.2005, *DJ* 13.06.2005, p. 157.

[25] STF, Decisão monocrática, AO 772/MC/SP, rel. Min. Cezar Peluso, j. 26.04.2005, *DJ* 03.05.2005, p. 46.

[26] STF, Decisão monocrática, Pet 2.018/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 29.06.2000, *DJ* 01.08.2000, p. 37.

[27] Silva, *Ação*, pp. 124-125.

[28] STJ, 2ª Turma, REsp 536.762/RS, rel. Min. Eliana Calmon, j. 21.06.2005, *DJ* 15.08.2005, p. 240; STJ, 1ª Turma, REsp 450.431/PR, rel. Min. Luiz Fux, j. 18.09.2003, *DJ* 20.10.2003, p. 185.

justa inconstitucional[29]; ainda que as decisões tratem de ação civil pública, pelos fundamentos expostos não resta dúvida do cabimento também de ação popular.

Em tese, também não se admite o controle de lei por meio da ação popular, da mesma forma que ocorre com o mandado de segurança, para o qual existe, inclusive, entendimento sumulado[30]. Admite-se, por outro lado, que o controle de lei inconstitucional em tese seja realizado de forma incidental na ação popular[31], desde que o pedido de declaração de inconstitucionalidade seja tão somente o fundamento da pretensão, e não a pretensão em si mesma, o que transformaria a ação popular em inadmissível sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade[32].

4.1.2.2. Ilegalidade e lesividade do ato administrativo

Debate interessante no tocante ao cabimento da ação popular diz respeito à necessária existência do binômio "ilegalidade e lesividade" do ato impugnado. Ainda que atualmente seja indiscutível que estão abrangidos no objeto de tutela da ação coletiva os bens materiais e imateriais que compõem o patrimônio público, algumas questões ainda suscitam divergências. Adiante-se que o debate não atinge a ação popular preventiva, que busca tão somente evitar a prática de ato ilícito, não sendo requisito para sua concessão a existência ou potencial existência de lesão ou dano. A exigência ou não de lesividade, portanto, restará limitada às ações que tenham como objeto atos ou omissões já ocorridos.

Questiona-se, em especial no ato contrário à moralidade administrativa, se é cabível a ação popular, mesmo que desse ato não tenha decorrido qualquer lesão material ao patrimônio público. Não há dúvida de que o art. 5º, LXXIII, da CF prevê a lesividade, mas é controvertida a interpretação dada a esse termo no dispositivo constitucional. Acredito que uma leitura com maior atenção da norma legal pode ser a base para a solução do aparente impasse. O termo "ato lesivo" é utilizado somente uma vez, aplicando-se às três hipóteses de cabimento: patrimônio público; moralidade administrativa; meio ambiente e patrimônio histórico e cultural.

Na primeira hipótese de cabimento, entendo que se tem a ideia de proteção ao erário, vitimado pela prática de ato ou omissão ilegal ou cometida em abuso de poder. Nesse caso, portanto, parece indiscutível a necessidade de lesão aos cofres públicos para o ingresso da ação popular[33], ainda que o Superior Tribunal de Justiça adote tradicional entendimento doutrinário no sentido de que,

[29] Informativo 444/STJ, 2ª Turma, REsp 445.664/AC, rel. Min. Eliana Calmon, j. 24.08.2010; Informativo 425/STJ, 2ª Turma, REsp 1.015.133-MT, rel. Min. Eliana Calmon, rel. p/ acórdão Min. Castro Meira, j. 02.03.2010.

[30] Súmula 266/STF.

[31] STF, Tribunal Pleno, Rcl 664/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, j. 22.05.2002, *DJ* 21.06.2002, p. 99.

[32] STF, Tribunal Pleno, Pet 5.859 AgR/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 25/11/2015, DJe 15/12/2015; STJ, 2ª Turma, REsp 1.081.968/SC, rel. Min. Castro Meira, j. 06.10.2009, *DJE* 15.10.2009.

[33] STJ, 1ª Turma, REsp 806.153/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 08.04.2008, *DJE* 14.05.2008; Peña de Moraes, Curso, p. 668.

nos atos previstos nos arts. 2º e 3º da LAP, há lesividade patrimonial efetiva, enquanto, nos atos previstos no art. 4º da mesma lei, há lesividade patrimonial presumida[34], como ocorre, por exemplo, na dispensa indevida de licitação[35], e mais recentemente venha entendendo por seu cabimento sem lesão no sentido pecuniário porque a ação popular também visa tutelar o patrimônio moral e cívico da administração[36].

Essa questão da lesividade efetiva e presumida, entretanto, não é precisa quanto à terminologia empregada, devendo ser interpretada com extremo cuidado. Segundo lições da melhor doutrina, a presunção legal nesse caso atinge tão somente o pedido de anulação do ato administrativo, que será acolhido tão somente pela comprovação da situação descrita em lei, sem a necessidade de demonstração da nocividade do ato. Para o pedido de condenação dos réus à reparação do erário, entretanto, deve-se comprovar, em quaisquer casos, a efetiva existência de danos, ou seja, mesmo nos casos da chamada lesividade presumida, será indispensável a prova de lesividade do ato[37]. O ato ilegal que não gera danos, inclusive, já foi rejeitado pelo Superior Tribunal de Justiça como apto a gerar condenação do réu, sob o argumento de que eventual condenação levaria a um enriquecimento sem causa ao Estado[38].

Na segunda hipótese de cabimento, voltada à tutela do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural, ainda que se tutelem bens imateriais, também parece ser indispensável a existência de lesividade para o cabimento da ação popular.

Finalmente, no caso da moralidade administrativa, a lesividade não diz respeito ao patrimônio público material, daí ser irrazoável exigir algum tipo de dano ao erário, para se admitir a ação popular. Ao prever o ato lesivo à moralidade administrativa, como bem imaterial pertencente ao patrimônio público, o legislador constituinte entendeu que a proteção exclusivamente da moralidade administrativa, que exige da Administração Pública a adoção de padrões éticos e fundados em boa-fé, já é o suficiente para se obter a tutela por meio de ação popular[39]. Não que se dispense a lesividade nesse caso, ou que seja ela presumida, como já decidiu erroneamente o Superior Tribunal de Justiça[40] e o Supremo Tribunal Federal[41]. Simplesmente deve-se considerar a moralidade administrativa como bem imaterial integrante do patrimônio público, e, por consequência, a

[34] STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.378.477/SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 11/03/2014, DJe 17/03/2014.

[35] STJ, 1ª Seção, EREsp 1.192.563/SP, rel. Min. Herman Benjamin, j. 27/02/2019, DJe 01/08/2019.

[36] STJ, 2ª Turma, REsp 1.252.697/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, j. 27/11/2012, DJe 02/02/2015.

[37] Mancuso, *Ação*, p. 99-100, citando lições de José Ignácio Botelho de Mesquita e Eros Grau.

[38] STJ, 1ª Turma, REsp 1.447.237/MG, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 16/12/2014, DJe 09/03/2015; STJ, 1ª Turma, REsp 802.378/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 24.04.2007, *DJ* 04.06.2007, p. 312.

[39] STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.378.477/SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 11/03/2014, DJe 17/03/2014; STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.166.011/RJ, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 21/02/2013, DJe 11/03/2013.

[40] STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.378.477/SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 11/03/2014, DJe 17/03/2014; STJ, 2ª Turma, REsp 1.252.697/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, j. 27/11/2012, DJe 02/02/2015.

[41] STF, 2ª Turma, AI 561.622 AgR/SP, rel. Min. Ayres Britto, j. 14/12/2010, DJe 15/04/2011.

mera prática de ato ou omissão contrária à moralidade administrativa já gera a lesão exigida em lei[42].

Quanto ao tema, é imprescindível a menção a edição pelo Supremo Tribunal Federal do Tema 836 da sua jurisprudência afirmando: "Não é condição para o cabimento da ação popular a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, dado que o art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal estabelece que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular e impugnar, ainda que separadamente, ato lesivo ao patrimônio material, moral, cultural ou histórico do Estado ou de entidade de que ele participe."[43]

Registre-se posicionamento consolidado no Superior Tribunal de Justiça pela negativa de reapreciação em sede de ação popular da decisão a respeito da existência ou não de lesividade ao patrimônio público em julgamento de recurso especial. Segundo o entendimento do tribunal, trata-se de matéria fática, e seu enfrentamento levaria necessariamente a um revolvimento da matéria probatória, o que é obstado pelo entendimento consagrado no enunciado da Súmula 7 desse tribunal[44].

No tocante à ilegalidade, também se nota uma forte tendência doutrinária e jurisprudencial[45] pela exigência de sua verificação no caso concreto, ainda que sob as mais diferentes formas, tais como desvio do padrão legal, abuso de poder, desvio de finalidade e ofensa à razoabilidade. Parcela da doutrina lamenta tal exigência na hipótese de ato lesivo ao meio ambiente, afirmando que, nesse caso, a responsabilidade do ofensor é objetiva, sendo dispensável a comprovação de culpa no ato ou omissão[46]. Entendo incorreta a tese porque, na responsabilidade objetiva, não se dispensa a ilicitude do ato, tão somente a culpa, notoriamente elementos distintos da responsabilidade civil, de modo que, embora seja caso de responsabilidade objetiva, será imprescindível para se veicular a pretensão, por meio de ação popular, a existência de alguma ilegalidade no ato ou omissão impugnada.

4.1.3. Mandado de segurança coletivo

4.1.3.1. Requisitos comuns de cabimento do mandado de segurança individual e coletivo

O mandado de segurança coletivo deve atender, para fins de sua admissibilidade no caso concreto, as hipóteses de cabimento dessa espécie de ação constitucional, que se aplicarão, ao menos em regra, de forma homogênea tanto

[42] STF, 1ª Turma, RE 170.768/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 26.03.1999, *DJ* 13.08.1999, p. 16.

[43] STF, 1ª Turma, 745.203 AgR/SP, rel. Min. Roberto Barroso, j. 23/06/2015, DJE 06/08/2015;

[44] STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 916.010/SP, rel. Min. Humberto Martins, j. 19.02.2008, *DJE* 02.04.2008; STJ, 1ª Turma, REsp 984.167/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 05.06.2008, *DJE* 16.06.2008.

[45] STJ, 2ª Turma, REsp 479.803/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 22.08.2006, *DJ* 22.09.2006, p. 247.

[46] Rodrigues, *Ação*, p. 286.

ao mandado de segurança individual como ao coletivo. Afirma-se que essa é a regra por que alguns requisitos de cabimento só se justificam no mandado de segurança individual, como o previsto no art. 1º, *caput*, da Lei 12.016/2009, que preceitua o não cabimento do mandado de segurança quando cabível *habeas data* ou *habeas corpus*. Como essas duas ações voltam-se à tutela individual de acesso à informação e à sua correção e ao direito de ir e vir, seu cabimento não diz respeito à tutela coletiva de direitos.

No mesmo dispositivo legal, entretanto, encontram-se requisitos de cabimento aplicáveis ao mandado de segurança coletivo, como a exigência de a omissão ser praticada por autoridade, ou seja, por um agente público (Administração direta e indireta), bem como por particular no exercício de função pública em decorrência de delegação[47]. Além disso, tal ato ou omissão deve ser maculado por uma ilegalidade (atos vinculados que ofendem a lei) ou por abuso de poder (atos discricionários praticados por autoridade incompetente – excesso de poder – que ofendem o interesse público – desvio de poder ou de finalidade).

Também totalmente aplicável ao mandado de segurança coletivo a admissão expressa constante no art. 1º, *caput*, da Lei 12.016/2009, que permite sua impetração antes da prática do ato ou omissão impugnado. Significa que é possível a obtenção de tutela inibitória por meio do mandado de segurança coletivo, evitando-se a ilegalidade ou o abuso de poder. O chamado "mandado de segurança preventivo"[48] exige a comprovação de um risco objetivo e fundado de que a ilegalidade ou o abuso de direito estejam na iminência de ocorrer, comprovado por atos preparatórios ou indícios nesse sentido[49].

Da mesma forma que ocorre no mandado de segurança individual, no mandado de segurança coletivo o ato ou omissão impugnada não pode ser ato de gestão praticado pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionária de serviço público, sendo cabível tal espécie de ação somente diante de atos de império, que são aqueles referentes às atribuições institucionais da pessoa jurídica[50].

Finalmente, para que se admita o cabimento do mandado de segurança, tanto individual como coletivo, é preciso que se viole ou se ameace um direito líquido e certo.

Segundo a melhor doutrina, a liquidez e a certeza do direito exigidas ao mandado de segurança referem-se, exclusivamente, aos fatos, que, por essa razão, deverão ser provados de maneira incontestável e clara pelo impetrante. Por mais tormentosa que seja a questão jurídica no caso concreto, jamais se retirarão essas características do direito do impetrante quando os fatos estiverem devidamente

[47] Súmula 510/STF.

[48] STJ, 2ª Turma, AgRg no RMS 48.463/MS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 01/09/2015, DJe 10/02/2016.

[49] STJ, 1ª Turma, RMS 19.217/PR, rel. Min. Luiz Fux, j. 03.03.2009, *DJe* 26.03.2009.

[50] STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.107.565/PR, rel. Min. Francisco Falcão, j. 19.05.2009, *DJE* 04.06.2009; STJ, 1ª Seção, AgRg no CC 80.270/PA, rel. Min. Denise Arruda, j. 25.03.2009, *DJE* 04.05.2009.

comprovados. Compreende-se que, por mais intricada a questão de direito e por mais dúvidas que tal questão possa gerar no julgador, se a fundamentação fática da pretensão for demonstrada por prova documental, o direito alegado será líquido e certo, bastando ao julgador decidir se ele existe ou não existe[51].

A matéria já foi inclusive sumulada pelo Supremo Tribunal Federal, que, após reiteradas decisões, consolidou o entendimento de que, mesmo sendo controvertida a questão de direito, há possibilidade de concessão da ordem em sede de mandado de segurança[52]. A certeza e a liquidez, portanto, dizem respeito aos aspectos fáticos da pretensão, não sendo das mais felizes a consagrada expressão "direito líquido e certo". Conforme reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça, o direito protegido pelo mandado de segurança exige do impetrante prova pré-constituída suficiente para convencer o juízo no tocante ao aspecto fático de sua pretensão[53].

No art. 5º da Lei 12.016/2009 há a previsão de três vedações ao cabimento do mandado de segurança, e somente aquela prevista pelo inciso I é aplicável ao mandado de segurança coletivo. Dessa forma, é inadmissível essa espécie de ação coletiva de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução.

Entendo que na hipótese ora analisada não há interesse de agir para o mandado de segurança – individual e coletivo – nem mesmo para qualquer outra ação – individual e coletiva, considerando-se que, se o ato é impugnável por meio de recurso com efeito suspensivo, não existe lesão ou ameaça de lesão que justifique a intervenção jurisdicional. Como o dispositivo prevê expressamente a dispensa da caução para essa suspensão de efeitos do ato administrativo que viria a ser impugnado judicialmente, conclui-se que, sem qualquer ônus imputável ao sujeito, ele consegue por meio do recurso administrativo impedir a geração de efeitos do ato potencialmente lesivo, o que, naturalmente, exclui a necessidade da intervenção jurisdicional.

Reafirmo que, diferente do que entende autorizada doutrina, o dispositivo não contraria o princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado em nosso texto constitucional (art. 5º, XXXV, CF)[54], de forma a não ser vedada à parte a escolha do mandado de segurança coletivo, mesmo quando exista no caso concreto a viabilidade de se resolver o conflito por meio do recurso administrativo. Tampouco condiciona a parte a esgotar a via administrativa de solução do conflito antes de ingressar com o mandado de segurança[55], porque

[51] Pontes de Miranda, *Comentários*, p. 370; Cretella Jr., *Comentários*, pp. 86-96.

[52] Súmula 625/STF.

[53] STJ, 4ª Turma, AgRg no RMS 45.597/RO, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 17/12/2015, DJe 01/02/2016; STJ, 1ª Turma, AgRg no RMS 48.579/MS, rel. Min. Olindo Menezes (desembargador convocado do TRF 1ª Região), j. 17/12/2015, DJe 04/02/2016.

[54] Daniel Neves, *Manual*, n. 1.5.5, pp. 18-19.

[55] Scarpinella Bueno, *A nova*, p. 19; Lopes, *Comentários*, n. 2.2.8, p. 30; Sidney Palharini Jr., *Comentários*, p. 57.

tal circunstância está limitada à solução dos conflitos na seara desportiva, nos termos do art. 217, § 1º, da CF.

Já havendo recurso administrativo interposto, o impetrante, diante da ausência de interesse de agir, terá seu mandado de segurança rejeitado[56]; não é possível que a interposição acarrete a desistência tácita do recurso administrativo, porque, se o impetrante não reúne as condições da ação, o mandado de segurança não tem como seguir adiante. Para parcela da doutrina, na esfera tributária, quando se discute judicialmente a Dívida Ativa da Fazenda Pública, não se aplica o artigo legal ora analisado, sendo também inaplicáveis as lições anteriormente expostas. Tudo por conta da previsão contida no art. 38, parágrafo único, da LEF (Lei 6.830/1980), que determina implicar a opção pela via judicial na automática renúncia ou desistência da discussão administrativa envolvendo o ato impugnado[57]. Nesse sentido, vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça[58], mas esse caso escapa do âmbito da tutela coletiva em virtude do disposto no art. 1º, parágrafo único, da LACP.

Os incisos II e III do art. 5º, da Lei 12.016/2009, tratam do não cabimento do mandado de segurança contra decisão judicial, sendo inaplicáveis ao processo coletivo. Podem, quando muito, servir ao impedimento de cabimento ao mandado de segurança contra decisão proferida em processo coletivo, mas nesse caso não haverá propriamente uma ação coletiva, conforme exposto no Capítulo 21. Mesmo na hipótese de utilização de ação coletiva como forma procedimental de relativização da coisa julgada, o procedimento sumário documental do mandado de segurança coletivo inviabiliza a utilização de tal espécie de ação coletiva para este fim. Dessa forma, não será preciso nesse caso aplicar a vedação imposta pelo inciso III do dispositivo ora analisado.

4.1.3.2. Direitos tuteláveis pelo mandado de segurança coletivo

Além dos requisitos comuns de cabimento ao mandado de segurança individual e coletivo, existe uma limitação legal específica ao cabimento do mandado de segurança coletivo.

No art. 21, parágrafo único, da Lei 12.016/2009, o legislador limita a tutela do mandado de segurança aos direitos coletivos e individuais homogêneos, praticamente repetindo o conceito legal dessas espécies de direito já dadas pelo art. 81 do CDC. A doutrina que já teve a oportunidade de se manifestar a respeito do tema não se conforma com tal limitação, asseverando tratar-se de norma inconstitucional por vedar injustificadamente a tutela dos direitos difusos por meio do mandado de segurança[59].

[56] STJ, 3ª Seção, MS 12.417/DF, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 09.09.2009, *DJE* 18.09.2009; STJ, RMS 21.714/SP, rel. Min. Félix Fischer, j. 17.12.2007, *DJE* 03.03.2008.

[57] Mauro Luis Rocha Lopes, *Comentários*, p. 31.

[58] STJ, 1ª Turma, REsp 1.001.348/AM, rel. Min. José Delgado, j. 08.04.2008, *DJE* 24.04.2008.

[59] Didier Jr.-Zaneti Jr., *O mandado*, pp. 230-232; Gomes Jr.-Favreto, *Comentários*, p. 192. Contra: MeirellesWald-Mendes, *Mandado*, p. 133.

Ainda que a crítica seja correta, é preciso reconhecer que o entendimento consagrado pelo legislador já vinha sendo defendido pelos tribunais superiores, o que fica claro na Súmula 101 do STF, que, ao afirmar que o mandado de segurança não substitui a ação popular, leva à conclusão de que os interesses difusos da coletividade diante de ato violador de direito – mesmo que o ato viole direito líquido e certo – devem ser tutelados pela ação popular, e não pelo mandado de segurança coletivo[60]. O mesmo se pode afirmar no tocante às outras espécies de ação coletiva.

4.1.4. Ação de improbidade administrativa

4.1.4.1. Patrimônio público e moralidade administrativa

A ação de improbidade administrativa tem como objetivo a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa. Na realidade, trata-se de ação coletiva cujo objeto é a tutela de direitos difusos, conforme a conceituação prevista no art. 81, parágrafo único, do CDC: direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

Observe-se que tais espécies de direitos difusos – patrimônio público e moralidade administrativa – também podem ser objeto de ação popular e ação civil pública, sendo o grande diferencial da ação de improbidade administrativa a tipificação do ato impugnado em uma das hipóteses previstas nos arts. 9º, 10 e 11, da LIA. Além disso, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (que causam prejuízo ao erário) exige a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, culpa, o mesmo não ocorrendo com os tipos previstos nos arts. 9º e 11 da mesma lei (enriquecimento ilícito e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública), os quais se prendem ao elemento volitivo do agente (critério subjetivo), exigindo-se o dolo para a configuração da improbidade administrativa[61].

A tipificação do ato conforme os termos dos arts. 9º, 10 e 11 da LIA, além da culpa e/ou dolo, a depender do dispositivo aplicável ao caso concreto, determinam o cabimento da ação de improbidade administrativa em vez da ação popular e/ou da ação civil pública.

4.1.4.2. Natureza civil da ação de improbidade administrativa

A Lei 8.429/1992 pode sugerir ao intérprete mais afoito uma natureza penal ou até mista da ação de improbidade administrativa. O Capítulo III tem como

[60] STJ, 1ª Seção, MS 11.399/DF, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 13.12.2006, *DJ* 12.02.2007, p. 216.

[61] STJ, 2ª Turma, REsp 1.569.324/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 03/12/2015, DJe 05/02/2016; STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 370.133/RJ, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 01/10/2015, DJe 07/10/2015.

título "Das penas", enquanto o Capítulo VI trata "Das disposições penais". O art. 17, § 7º, prevê uma fase preliminar de recebimento da petição inicial sob o crivo do contraditório típico do procedimento penal previsto para os crimes funcionais, no qual há a notificação dos demandados para o oferecimento de uma defesa prévia ao recebimento da denúncia (arts. 513 a 515 do CPP). E o mesmo dispositivo, em seu § 12, prevê a aplicação das regras consagradas no art. 221, *caput* e § 1º, do CPP nos depoimentos e inquirições.

Não obstante a realidade legislativa descrita, a doutrina de forma amplamente majoritária entende que a ação de improbidade administrativa tem natureza civil, e não penal[62]. Como lembra a melhor doutrina, o art. 37, § 4º, da CF, ao prever as sanções imputáveis ao ato de improbidade administrativa, expressa que sua aplicação não prejudica a ação penal, o que seria o suficiente para concluir pela sua natureza cível[63].

Existe no âmbito doutrinário discussão a respeito da relação existente entre a ação de improbidade administrativa e a ação civil pública. Para alguns, a ação de improbidade administrativa não é espécie de ação civil pública,[64] havendo, inclusive, aqueles que preferem uma aproximação com a ação popular.[65] Para outra corrente doutrinária, a ação de improbidade administrativa é uma espécie de ação civil pública,[66] sendo esse o entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça.[67] A discussão, entretanto, não tem grande repercussão prática.

Conforme ensina a melhor doutrina, a nomeação das ações é algo ultrapassado, condizente com uma época imanentista do processo, na qual não se conseguia distinguir o Direito material do Direito Processual. Portanto, chamar a ação regulada pela Lei 8.429/1992 de ação civil pública ou não é formalidade que não muda a realidade: uma ação coletiva que visa a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa regida pela Lei 8.429/1992 e subsidiariamente pelo microssistema coletivo e pelo Código de Processo Civil.[68]

Na realidade, o direito difuso tutelado por meio da ação regulamentada pela Lei 8.429/1992 pode ser objeto de ação popular, de ação civil pública e de ação de improbidade administrativa. O que importa é reconhecer as especialidades presentes na ação de improbidade administrativa, parecendo ser esse um denominador comum entre todos que já tiveram a oportunidade de se debruçar

[62] Sérgio Ferraz, Aspectos, p. 413; Decomain, Improbidade, 9.2.1, p. 228; Figueiredo, Ação, p. 336; Ferraresi, Improbidade, p. 170; STJ, 5ª Turma, HC 50.545/AL, rel. Min. Gilson Dipp, j. 15.08.2006, *DJ* 04.09.2006, p. 298.

[63] Freire Jr., A natureza, p. 274.

[64] Meirelles-Wald-Mendes, *Mandado*, pp. 257-258; Carvalho Filho, *Manual*, 14.7, p. 1.011; Garcia-Alves, *Improbidade*, pp. 309-343.

[65] Figueiredo, Alguns, In: Scarpinella Bueno-Porto Filho (coord.). *Improbidade*, p. 330.

[66] Garcia-Alves. *Improbidade*, p. 624; Andrade-Masson-Andrade, *Interesses*, n. 6.12.1, p. 728; Almeida, *Direito*, p. 459; Gajardoni-Cruz-Cerqueira-Gomes Junior-Favreto, *Comentários*, pp. 301-302.

[67] STJ, 1ª Turma, AgInt no AREsp 1.235.685/BA, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 06/08/2019, DJe 09/08/2019; STJ, 2ª Turma, AgInt no AgInt no AREsp 1.352.329/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 25/06/2019, DJe 28/06/2019.

[68] Costa, *O processo*, pp. 126-127.

sobre o tema. Não vejo problemas em falar em ação civil pública de improbidade administrativa, desde que se leve em conta as particularidades procedimentais, em especial a legitimação ativa limitada, a fase de defesa prévia e o pedido de aplicação das genuínas penas, previsto no art. 12 da LIA.

Fala-se em "genuínas penas" porque no art. 12 da Lei 8.429/1992 não existem somente penas privativas da ação de improbidade administrativa. Na realidade, nem só de penas vive o dispositivo legal mencionado, sendo certo que as tutelas que não são genuinamente uma sanção podem ser obtidas em outras espécies de ação, coletiva ou individual. O perdimento de bens e valores e a reparação do dano têm natureza reparatória, sendo penas genuínas apenas a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, a multa civil, a proibição de contratação com o Poder Público e o recebimento de incentivos e subsídios.

Entendo que para a distinção entre essas três espécies de ação coletiva deve se levar em conta essencialmente o pedido formulado na petição inicial. Isso porque os pedidos de natureza reparatória podem ser veiculados em qualquer uma das ações coletivas analisadas, mas a aplicação das genuínas penas previstas pelo art. 12 da LIA só pode ser veiculada numa ação de improbidade administrativa. Não pode, portanto, o cidadão (por meio de ação popular) ou qualquer outro legitimado coletivo (por meio da ação civil pública) que não o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada formular tal pretensão.

Como defendo que a extinção anômala do processo deve ser evitada sempre que possível, entendo que sendo feito tal pedido por legitimado não previsto no art. 17, *caput*, da LIA, seja caso de diminuição subjetiva da demanda, com a exclusão de tal pedido e sua continuidade visando somente a reparação do dano causado ao patrimônio público e eventualmente o pedido de anulação do ato administrativo. Não vejo qualquer problema em transformar uma ação de improbidade administrativa proposta por parte ilegítima em ação popular ou civil pública, com as consequentes adaptações procedimentais.

Definida a ação coletiva como sendo de improbidade administrativa, deve se aplicar ao caso concreto as regras procedimentais consagradas na Lei 8.429/1992, em especial em seu art. 17, merecendo maior destaque os §§ 7.º e 8.º. Como a ação de improbidade administrativa é espécie de ação coletiva, também se aplicará a seu procedimento regras presentes no microssistema coletivo, em especial aquelas previstas na Lei 7.347/1985.

4.1.5. Ação civil pública

O art. 1º, IV, da Lei 7.347/1985 prevê as espécies de direito que podem ser tutelados pela ação civil pública de responsabilidade de danos morais e patrimoniais. Há nos demais incisos do dispositivo legal a menção expressa a determinados direitos: I – ao meio-ambiente; II – ao consumidor; III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; V – por infração

da ordem econômica; VI – à ordem urbanística; VII – à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; VIII – ao patrimônio público e social.

O rol, entretanto, é meramente exemplificativo, considerando-se o inciso IV do dispositivo legal ora comentado. Segundo o art. 1º, IV, da LACP, a ação civil pública pode ser utilizada para a tutela de qualquer outro direito difuso ou coletivo, ainda que não previsto expressamente no rol legal, cabendo apenas a lembrança da malfadada previsão contida no parágrafo único do referido artigo e devidamente analisada no item 5.10.

Ainda que não exista qualquer previsão a respeito da tutela do direito individual homogêneo na Lei 7.347/1985, não há dúvida de que também a tutela dessa espécie de direito se prestará à ação civil pública. Mesmo que o direito individual homogêneo só venha previsto como direito tutelável pelo microssistema coletivo no CDC, é indubitável que a ação civil pública nesse caso pode ter como objeto direitos individuais homogêneos de diferentes naturezas, não se limitando à tutela do consumidor.

Dessa forma, a ação civil pública tem o mais amplo campo de cabimento dentre todas as ações coletivas que compõem o processo coletivo comum. Além de ser cabível nas três espécies de direitos tutelados pelo microssistema coletivo – difuso, coletivo e individual homogêneo –, é instrumento hábil a tutelar a mais variada gama de direitos materiais, desde aqueles previstos expressamente no art. 1º da LACP, como outros, por exemplo, o direito das crianças e adolescentes, dos idosos, à saúde pública, à educação etc.

4.1.6. Mandado de injunção coletivo

O mandado de injunção tem previsão no art. 5º, LXXI, da CF, sendo entendimento doutrinário no sentido da originalidade do instituto no sistema jurídico, ainda que tenha sofrido algumas influências do direito inglês, norteamericano e português. Nos termos do dispositivo constitucional mencionado, o mandado de injunção será cabível sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Como se pode notar da previsão constitucional, são dois os elementos essenciais para a aplicação da ação constitucional ora analisada: (a) omissão legislativa, e (b) natureza do direito sacrificado em razão de tal omissão.

No tocante ao primeiro elemento, é imprescindível que a omissão legislativa efetivamente acarrete o sacrifício dos direitos tutelados pelo mandado de injunção, porque, sendo esses direitos tutelados mesmo diante de tal omissão, será incabível essa ação constitucional. Em razão disso, tratando-se de norma constitucional autoaplicável, a eventual omissão legislativa em sua regulamentação não será o suficiente para admitir o mandado de injunção.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a omissão que legitima o mandado de injunção é tanto a omissão ab-

soluta, representada pela ausência de norma regulamentadora, como a omissão parcial, na qual se considera a atividade legislativa imperfeita ou insatisfatória. Indispensável, entretanto, que haja uma superação excessiva de prazo razoável para legislar, a ponto de configurar o retardamento como abuso do direito legal de não legislar[69].

Quanto ao segundo elemento indicado, não se justifica a proteção por meio do mandado de injunção de qualquer espécie de direito que venha a ser sacrificado em razão da omissão legislativa. Nos termos do texto da lei, a ação constitucional se presta a tornar efetiva somente a proteção dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Dos elementos identificadores do cabimento do mandado de injunção, logo se percebe que a ação constitucional só existe em razão da injustificável omissão de nossos legisladores infraconstitucionais em regulamentar os direitos e prerrogativas previstos no art. 5º, LXXI, da CF. Pobre do país, e de seus judiados cidadãos, cujo legislativo se preocupa mais com benesses em proveito próprio do que com a tutela dos que dele necessitam.

Conforme a melhor doutrina, o mandado de injunção pode ser individual ou coletivo, a depender da espécie de direito material que se busca tutelar por meio da ação constitucional. Sendo o direito individual, cabe ao indivíduo que se sentir lesado ingressar com o mandado de injunção individual, ação que não interessa ao presente estudo. Por outro lado, havendo a busca de tutela da coletividade, grupo, classe ou categoria de pessoas, caberá aos legitimados coletivos a propositura do mandado de injunção coletivo[70].

Apesar de se tratar de ação constitucional, o mandado de injunção coletivo não se confunde com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pertencente ao processo coletivo especial[71]. Trata-se de um processo subjetivo, que busca resolver uma situação concreta de crise jurídica, amoldando-se perfeitamente ao conceito de lide carneluttiana (conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida), razão pela qual é espécie de ação pertencente ao processo coletivo comum.

4.2. PROCESSO COLETIVO ESPECIAL

4.2.1. Introdução

É indiscutível na doutrina o entendimento de que as ações constitucionais de controle concentrado de constitucionalidade são espécies de processo objetivo,

[69] STF, Tribunal Pleno, MI 361/RJ, rel. Min. Néri da Silveira, rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, j. 08.04.1994, *DJ* 17.06.1994, p. 46.

[70] STF, Tribunal Pleno, MI 712/PA, rel. Min. Eros Grau, j. 25.10.2007, *DJE* 31.10.2008; STF, Tribunal Pleno, MI 102/PE, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Carlos Velloso, j. 12.02.1998, *DJ* 25.10.2002, p. 25.

[71] Neves, Ação, 5.5, p. 107.

considerando-se a ausência de um conflito de interesses específico a ser resolvido pelo órgão jurisdicional. Costuma-se afirmar com acerto que a finalidade do processo objetivo não é aplicar uma lei ao caso concreto, tomando-se por fundamento o suporte fático apresentado, mas tão somente discutir a adequação de uma lei ou ato normativo ao texto constitucional. Em vez de resolver um conflito de interesse, nascido da pretensa violação ou ameaça de violação a um direito subjetivo, nas ações de controle de constitucionalidade analisa-se a lei em tese, decidindo-se pela adequação das normas infraconstitucionais às normas constitucionais.

O bem da vida tutelado por tais ações constitucionais, que em última análise é a tutela de um sistema jurídico constitucionalmente coeso, é suficiente para incluí-las no âmbito da tutela coletiva, considerando-se a sua evidente natureza difusa. É um direito transindividual, pertencente à coletividade, a preservação de um sistema jurídico adequado à Constituição Federal.

Por tutelarem um direito difuso e, ao mesmo tempo, conterem a especialidade de não resolver uma lide no caso concreto, os processos de controle de constitucionalidade fazem parte do chamado "processo coletivo especial".

Registre-se que o controle de constitucionalidade no âmbito da tutela coletiva não ocorre somente no processo coletivo especial, considerando entendimento pacificado nos tribunais superiores no sentido de admitir o controle incidental da constitucionalidade nas ações que compõem o processo coletivo comum[72]. O que não se admitirá é a utilização do processo coletivo comum para buscar declaração *erga omnes* a respeito da inconstitucionalidade da norma que só poderá ser obtida por meio de ação coletiva do processo coletivo especial[73]. Tudo dependerá, portanto, do elemento da ação que contém o pedido de declaração de inconstitucionalidade: (a) constando do pedido, a declaração só poderá ser realizada por meio de processo coletivo especial; (b) constando da causa de pedir, é admissível a declaração no processo coletivo comum.

4.2.2. Ação direta de inconstitucionalidade

Nos termos do art. 102, I, "a", da CF, é cabível a ação direta de inconstitucionalidade que tenha como objeto lei ou ato normativo federal ou estadual. O controle será exercido somente de leis e atos normativos do poder público, excluindo-se os atos normativos de natureza privada. Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, além das leis ou atos normativos de caráter genérico, abstrato e impessoal, é possível o controle de leis de efeitos concretos desde que

[72] STF, 2ª Turma, Rcl 1.898 ED/DF, rel. Min, Celso de Mello, j. 10/06/2014, DJe 06/08/2014; STF, Tribunal Pleno, Rcl 6.449 AgRg/RS, rel. Min. Eros Grau, j. 25.11.2009, *DJe* 11.12.2009; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.367.971/RJ, rel. Min. Humberto Martins, j. 12/05/2015, DJe 19/05/2015; STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 901.446/DF, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 22.02.2011, *DJe* 28.02.2011.

[73] STF, Tribunal Pleno, Rcl 1.503/DF, rel. Min. Carlos Velloso, rel. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, j. 17.11.2011, *DJe* 10.02.2012.

haja uma controvérsia constitucional alegada em abstrato, sendo irrelevante o caráter geral ou específico, concreto ou abstrato da lei[74]. Registre-se, apenas, que, se a lei de efeito concreto já exauriu seus efeitos, não será cabível a ação direta de inconstitucionalidade[75].

Seguindo as lições da melhor doutrina, o parâmetro para o controle de constitucionalidade por meio da ação ora analisada abrange normas originárias elaboradas pelo poder constituinte, incluindo os princípios constitucionais implícitos, emendas constitucionais, além dos dispositivos não incorporados ao texto permanente, emendas constitucionais de revisão, normas integrantes do ADCT, enquanto não exaurida sua eficácia e tratados e convenções internacionais de direitos humanos desde que aprovados nos termos do art. 5º, § 3º, da CF[76].

A mesma doutrina ensina que não são admitidas como parâmetro na ação direta de inconstitucionalidade normas de Constituições anteriores, norma constitucional revogada, preâmbulo e normas de Constituições estaduais ou de Leis Orgânicas municipais[77].

4.2.3. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Nos termos do art. 103, § 2º, da CF, é cabível ação direta de inconstitucionalidade por omissão, admitindo-se que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, dê ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, tratando-se de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias.

O legislador constitucional de 1988 se preocupou com a omissão como conduta passível de inviabilizar o exercício de direitos e garantias constitucionais de duas formas distintas. O mandado de injunção, que pode ser tanto individual como coletivo, permite em concreto a tutela diante de ausência de norma regulamentadora, mediante pedido a ser formulado pelo sujeito que tem direito constitucional paralisado em razão de indevida omissão (individual) ou por legitimado extraordinário para tanto (coletivo). Por outro lado, permitiu que a tutela diante de omissão se desse abstratamente, mediante pedido dos legitimados pelo art. 103 da CF, em nítida ampliação do objeto do processo objetivo.

É condição para o pedido de inconstitucionalidade a existência de uma omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, sendo imprescindível determinar qual a circunstância fático-jurídica que admite tal espécie de ação coletiva. Segundo a melhor doutrina, a omissão inconstitucional pode se dar

[74] STF, Primeira Turma, RE 412.921 AgRg/MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 22.02.2011, *DJe* 15.03.2011; STF, Tribunal Pleno, ADIn 3.949 MC/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14.08.2008, *DJe* 07.08.2009.

[75] STF, Tribunal Pleno, ADIn 2.980/DF, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Cezar Peluso, j. 05.02.2009, *DJe* 07.08.2009.

[76] Novelino, Direito, 13.3, pp. 281-282.

[77] Novelino, Direito, 13.3, pp. 282-283.

no âmbito dos três Poderes, tendo natureza normativa, políticoadministrativa e judicial, mas somente no primeiro caso caberá a ação direta de inconstitucionalidade, pois, no tocante às omissões de natureza políticoadministrativa, existem remédios jurídicos, tais como o mandado de segurança e a ação civil pública, enquanto, para as omissões judiciais, há os recursos[78] ou a correição parcial[79].

Afastar atos que não tenham natureza normativa do controle por ação direta de inconstitucionalidade por omissão não significa limitar tal ação aos atos praticados pelo Executivo, conquanto também o Legislativo pode expedir atos secundários e de caráter geral, a exemplo do que ocorre com os regulamentos, instruções e resoluções. Por outro lado, apesar de mais restrita, também é cabível a ação ora analisada contra omissões em adotar atos normativos do Poder Judiciário, sempre que a Constituição Federal lhe outorgar competência para a prática de tal espécie de ato.

Partindo-se da premissa de que a omissão pode decorrer tanto de inércia quanto de atuação deficitária ou insuficiente, fala-se em omissão total e omissão parcial, respectivamente. A omissão total é facilmente compreensível, derivada da absoluta ausência de lei, enquanto a omissão parcial é dividida em duas espécies: (a) parcial propriamente dita, quando a norma, existente, não consegue atender ao mandamento constitucional em razão da insuficiência ou defeitos de seu texto; (b) relativa, quando a norma regulamentar o mandamento constitucional apenas para determinada categoria, o que fere a isonomia pelo detrimento de outras categorias não atendidas pela lei infraconstitucional[80].

4.2.4. Ação declaratória de constitucionalidade

Não há como negar a proximidade da ação declaratória de constitucionalidade da ação direta de inconstitucionalidade, ainda mais quando se leva em conta a natureza dúplice de ambas, de forma que a improcedência em uma delas gera exatamente o mesmo resultado que a procedência na outra. Por outro lado, há grande coincidência procedimental entre as duas ações. Não obstante tamanha proximidade, no tocante ao cabimento há importantes distinções.

O objeto da ação declaratória de constitucionalidade é mais restrito do que o objeto da ação direta de inconstitucionalidade. Nos termos do art. 102, I, "a", da CF, a ação direta de inconstitucionalidade pode ter como objeto um ato normativo ou lei estadual ou federal, enquanto na ação declaratória de constitucionalidade só o ato normativo e lei federal podem compor o objeto de impugnação da demanda.

Para que o autor demonstre interesse de agir na ação constitucional ora analisada, deverá indicar, já em sua petição inicial, a existência de controvérsia

[78] Barroso, *O controle*, pp. 237-238.

[79] Neves, Ações, 2.2, p. 56.

[80] Barroso, *O controle*, pp. 239-240.

judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória[81]. Nos termos do art. 14, III, da Lei 9.868/1999, é requisito formal da petição inicial a indicação expressa dessa controvérsia judicial, cabendo ao autor, nos termos do parágrafo único do dispositivo, instruir a petição inicial com os documentos necessários para comprovar a procedência do pedido de declaração de constitucionalidade, ou seja, com cópias das decisões que deixaram de aplicar a norma por considerá-la inconstitucional[82].

Apesar de não ser tranquilo o entendimento a respeito da conceituação de "controvérsia judicial", a doutrina entende de forma uníssona que a mera divergência doutrinária não é o suficiente para o preenchimento desse requisito legal[83], o que se pode deduzir da simples leitura do texto legal, ao qualificar de judicial a controvérsia. Significa que a norma ou ato que formará o objeto da ação declaratória de constitucionalidade já deve ter sido afastado como inconstitucional por órgãos jurisdicionais em controle incidental de constitucionalidade.

Entendo que a controvérsia se estabelece a partir do momento em que, em razão de um número suficiente de julgados pela inconstitucionalidade, é gerada uma crise de incerteza entre os órgãos jurisdicionais. É impossível quantificar o número exato de decisões, cabendo ao Supremo Tribunal Federal atuar com ponderação nessa análise. Muitas vezes, decisões isoladas, em pequeno número, mas espalhadas por diversos órgãos jurisdicionais, são suficientes para a admissibilidade da ação, enquanto um número maior de decisões, mas concentradas em um único ou poucos órgãos jurisdicionais, pode não ensejar a necessidade de intervenção do Supremo Tribunal Federal em ação declaratória de constitucionalidade.

Sendo a função da ação declaratória de constitucionalidade a pacificação a respeito de interpretação de constitucionalidade de norma jurídica de forma direta perante o Supremo Tribunal Federal, há nítido direito difuso sendo tutelado. Como bem observado pela doutrina, as divergências interpretativas são naturais no campo jurídico, mas algumas controvérsias, de índole constitucional, merecem uma pacificação imediata em razão da relevância social, econômica ou política da matéria[84], o que se obtém pela ação coletiva ora analisada.

4.2.5. Ação de descumprimento de preceito fundamental

4.2.5.1. Objeto da impugnação

A arguição de descumprimento de preceito fundamental surge no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição Federal de 1988, originariamente

[81] Informativo 519/STF: ADC 16/DF, Dec. Mon., rel. Min. César Peluso, j. 10.09.2008. Na doutrina: Didier Jr.Braga-Oliveira, *Aspectos*, p. 374.

[82] Didier Jr.-Braga-Oliveira, *Aspectos*, p. 376.

[83] Mendes-Coelho-Branco, *Curso*, p. 1.077; Assagra, *Manual*, p. 838.

[84] Barroso, *O controle*, p. 218.

no parágrafo único do art. 102, e, 5 anos mais tarde, em razão da Emenda Constitucional 3/1993, passa a constar do mesmo dispositivo legal, mas em seu § 1º, com a manutenção da redação original. Segundo o dispositivo legal, "a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei".

Considerada uma grata inovação no sistema de controle concentrado de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental segue a tendência de outras formas de controle existentes em países como os Estados Unidos (*writ of certiorari*), Áustria (*Beschwerde*), Espanha (*recurso de amparo*) e Alemanha (*Verfassungsbeschwerde*), de limitar o controle a determinadas normas da Constituição Federal. Importante característica do instituto constitucional ora analisado é justamente não ser forma de tutela de toda e qualquer norma constitucional, mas somente dos chamados "preceitos fundamentais".

Havendo uma limitação legal no objeto tutelável pela arguição de descumprimento de preceito fundamental, é essencial determinar quais as espécies de preceitos constitucionais podem ser tuteladas por meio dessa forma de controle concentrado. No entanto, antes propriamente de identificar quais são esses preceitos, ou ao menos criar condições as mais objetivas possíveis para tal determinação, é importante estabelecer com exatidão a extensão do termo "preceito".

Segundo ensina doutrina autorizada, preceito constitucional é toda norma constitucional abrangente de regras e princípios[85], daí falar em norma-regra e norma-princípio ou preceito-regra e preceito-princípio. Há doutrina que defende a possibilidade de proteção de preceito que não esteja expressamente consagrado na Constituição Federal, em uma espécie de decorrência indireta do texto constitucional[86].

É interessante a lição doutrinária que prega não existir hierarquia entre os preceitos constitucionais, até em razão do princípio da unidade da Constituição Federal[87], o que, entretanto, não impede a diferente classificação desses preceitos à luz dos valores tutelados[88]. É possível, portanto, criar uma ordem de valores entre eles, destinando a proteção por determinada forma especial de controle concentrado somente àqueles que estejam ligados a valores considerados mais relevantes. Trata-se de regras essenciais à conformação e organização do Estado e referentes aos direitos fundamentais e valores supremos da sociedade.

Como a escolha do legislador constitucional (art. 102, § 1º, da CF) e do infraconstitucional (Lei 9.882/1999) foi a previsão de conceito jurídico indeterminado, sem direcionar com maior precisão quais seriam os preceitos fundamentais da Constituição Federal, cabe à doutrina moldar as regras que têm tamanho relevo a ponto de merecerem sua tutela por meio da arguição de descumprimento.

[85] Tavares, *Tratado*, p. 117; Novelino, *Direito*, n. 14.3, p. 281.

[86] Cunha Jr., *Controle*, p. 263.

[87] Barroso, *O controle*, p. 266.

[88] Cunha Jr., *Controle*, p. 261.

O irrisório número de arguições já decididas em seu mérito pelo Supremo Tribunal Federal dificulta a percepção do Judiciário a respeito dos contornos do que seja efetivamente preceito fundamental, ainda que das decisões terminativas seja possível projetar qual a relevância do preceito que o tribunal exige para a admissão da forma de controle de constitucionalidade ora analisada. Como já teve oportunidade de decidir o Supremo Tribunal Federal, caberá a ele, como soberano e definitivo intérprete da Constituição Federal, determinar quais os preceitos fundamentais[89], já tendo indicado como regras dessa espécie os direitos e garantias individuais, os princípios constitucionais sensíveis e as cláusulas pétreas[90].

Nos termos do art. 1º, *caput*, da Lei 9.882/1999, a arguição de descumprimento de preceito fundamental terá por objeto evitar ou reparar lesão resultante de ato do Poder Público. Como bem apontado pela melhor doutrina, o legislador perdeu excelente oportunidade de criar um eficiente mecanismo de proteção aos direitos fundamentais em face de atos privados, deixando de prever o cabimento da arguição de descumprimento também diante tais atos. Apesar da crítica quanto à timidez do legislador, a única interpretação extensiva possível ao dispositivo legal é a inclusão de atos praticados por particulares que desempenham função pública delegada, como aqueles praticados por empresas concessionárias e permissionárias de serviço público[91].

O dispositivo comentado deve ser elogiado por consagrar expressamente a possibilidade de a arguição de descumprimento de preceito fundamental veicular tanto tutela preventiva como tutela reparatória, ao prever que a ação terá por objeto evitar ou reparar lesão a um preceito fundamental. A utilização da tutela preventiva nessa espécie de ação não objetiva evitar o ato ilícito, como ocorre na tutela inibitória, porque só caberá a arguição se houver ameaça de ofensa a um preceito fundamental, de forma que somente a ilicitude do ato ou omissão não é o suficiente para a concessão dessa espécie de tutela, sendo indispensável que o autor demonstre o perigo de lesão, aqui entendido como sinônimo de desrespeito a um preceito fundamental.

Se o dispositivo legal ora comentado merece elogios quanto à previsão expressa de tutela preventiva, o mesmo não se pode dizer quanto à sentida ausência da omissão do Poder Público como objeto de impugnação por meio da arguição de descumprimento. Ainda que não conste expressamente do texto legal, parecem tranquilas a doutrina e a jurisprudência no sentido da admissão da arguição sempre que um ato ou uma omissão ameaçarem violar ou violarem um preceito fundamental[92].

Por expressa previsão legal (art. 1º, parágrafo único, I, da Lei 9.882/1999), não se discute que as leis e atos normativos que podem ofender ou ameaçar um

[89] STF, Tribunal Pleno, ADPF 1 QO/RJ, rel. Min. Néri da Silveira, j. 03.02.2000, *DJ* 07.11.2003, p. 82.

[90] STF, Tribunal Pleno, ADPF 33 MC/PA, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 29.10.2003, *DJ* 06.08.2004, p. 20.

[91] Cunha Jr., *Controle*, p. 279; Barroso, *O controle*, p. 285; Almeida, *Manual*, p. 850.

[92] Nobre Jr., *Direitos*, p. 106.

preceito fundamental sejam federais, estaduais e municipais, bem como anteriores à atual Constituição Federal, em uma clara demonstração da maior amplitude do objeto tutelável por meio da arguição de descumprimento, quando comparada com as demais ações de controle concentrado.

No tocante aos atos normativos, parece ser mais amplo o alcance da arguição do que o da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, admitindo-se o controle tanto de atos normativos legais quanto de atos normativos infralegais ou secundários, tais como decretos, portarias, instruções, pareceres normativos.

É antiga a resistência do Supremo Tribunal Federal em aceitar as ações diretas de controle concentrado diante de atos normativos infralegais, com a alegação de que, nesses casos, a ofensa à Constituição Federal é indireta, sendo a norma infralegal vinculada à lei que pretendia regulamentar[93], ainda que seja admitida a ação direta quando o ato normativo, mesmo que infralegal, tiver generalidade, abstração e autonomia[94], como ocorre, por exemplo, no decreto de tribunal que determina aumento salarial para os juízes a ele vinculados[95]. O Supremo Tribunal Federal exige, para o controle por meio da ação ora analisada, que a norma infralegal possua densidade normativa[96]. A discussão nem ao menos é levantada na arguição de descumprimento, que, ao admitir a ofensa direta e indireta ao preceito fundamental, inclui em seu objeto todos os atos normativos, independentemente de sua natureza.

Os atos e omissões não normativos são suscetíveis de controle por meio da arguição de descumprimento, chamando mais a atenção à possibilidade de utilização dessa forma de controle abstrato diante de concreta decisão judicial, que naturalmente é um ato não normativo praticado pelo Poder Judiciário. Para parcela doutrinária, sendo a arguição de descumprimento uma medida constitucional que busca tutelar os preceitos fundamentais da Constituição Federal, exige-se que sua utilização seja feita contra ato judicial em respeito à coisa julgada material[97], consagrada como preceito fundamental ao estar incluída dentre as cláusulas pétreas.

Não se admite arguição de descumprimento de preceito fundamental contra projetos de lei ou de emendas constitucionais e contra atos de regimento interno das casas legislativas. Nos últimos casos, inclusive, ficou claro, por vetos presidenciais (respectivamente art. 5º, § 4º, art. 9º e art. 1º, parágrafo único, II, do projeto de lei do qual resultou a Lei 9.882/1999) a resistência à admissibilidade da arguição por descumprimento. Os atos políticos, que também sofreram veto

[93] STF, Tribunal Pleno, ADIn 264 AgRg/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 07.05.1992, *DJ* 08.04.1994, p. 7.222.

[94] STF, Tribunal Pleno, ADIn 3.691/MA, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 29.08.2007, *DJE* 09.05.2008.

[95] STF, Tribunal Pleno, ADIn 2.104/DF, rel. Min. Eros Grau, j. 21.11.2007, *DJE* 22.02.2008.

[96] STF, Tribunal Pleno, ADI 4.426/CE, rel. Min. Dias Toffoli, j. 09/02/2011, DJe 18/05/2011.

[97] Barroso, *O controle*, p. 278; Cunha Jr., *Controle*, p. 282; STF, Tribunal Pleno, ADPF 79 AgRg/PE, rel. Min. Cezar Peluso, j. 18.06.2007, *DJe* 16.08.2007.

presidencial, já foram afastados do controle por meio da arguição de descumprimento no julgamento de liminar da primeira ADPF proposta, mas, em julgamento monocrático posterior (ADPF 45), o Ministro Celso de Mello parece ter se distanciado da limitação, afirmando ser idônea a viabilização de políticas públicas por meio da arguição, quando previstas na Constituição Federal e descumpridas pelas instâncias governamentais.

4.2.5.2. Caráter subsidiário

Segundo o art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999, "não será admitida a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade". A previsão consagra a subsidiariedade da arguição, de forma que seu cabimento é tratado em termos residuais, só sendo admitida quando não houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade ou impedi-la.

Existe crítica de considerável parcela da doutrina a respeito da opção do legislador, clamando por uma interpretação do dispositivo legal mencionado conforme a Constituição. Para essa corrente doutrinária, o legislador constituinte não pretendeu dar à arguição de descumprimento de preceito fundamental o caráter subsidiário e residual que lhe outorgou o legislador infraconstitucional, de forma que um instituto voltado à tutela dos preceitos mais relevantes da Constituição não pode ter cabimento residual, sendo colocado em nítida posição de desvantagem relativamente às outras formas de controle concentrado de constitucionalidade. Há também corrente doutrinária que concorda com a subsidiariedade somente na arguição incidental.

Nesse entendimento, o que seria subsidiariedade torna-se preferência, de forma que a arguição de descumprimento passaria a ser o meio preferencial de controle de atos que violam ou ameaçam violar preceito fundamental. Por outro lado, há doutrina que defende a impossibilidade de cabimento da arguição quando cabível ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade, mandado de segurança, ação popular, reclamação e recursos ordinários e extraordinários. Ou seja, a regra da subsidiariedade é levada bastante a sério, entendo ser inadmissível a arguição ora analisada sempre que cabível qualquer forma processual de controle de constitucionalidade, concentrada e difusa.

O Supremo Tribunal Federal vem reiteradamente inadmitindo arguições de descumprimento de preceito fundamental nos termos do art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999, mas com interpretação que não conduza a uma admissibilidade muito restritiva. O tribunal vem entendendo que a mera existência de outros meios processuais de impugnação do ato não exclui automaticamente o cabimento da arguição ora analisada, considerando-se que não basta existir o instrumento, devendo este ser plenamente eficaz para a efetiva proteção do preceito fundamental[98].

[98] STF, Tribunal Pleno, ADPF 17 AgRg/AP, rel. Min. Celso de Mello, j. 05.06.2002, *DJ* 14.02.2003, p. 58.

Adotando posição doutrinária intermediária, parece ser mais adequado o entendimento que exige que o instrumento processual apto a resolver a questão jurídica deve ter a mesma efetividade, imediaticidade e amplitude que a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Por esse entendimento, somente quando for cabível a ação declaratória de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, será inadmissível a arguição ora analisada, considerando-se que o recurso extraordinário, ao menos por hora, não tem a amplitude dessas ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Segundo a melhor doutrina, diante do caráter subsidiário da arguição com relação às outras ações de controle concentrado, será cabível a arguição para o controle de: (a) direito pré-constitucional; (b) direito municipal em face da Constituição Federal; (c) nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogado; (d) de direito pós-constitucional cujos efeitos já se exauriram; (e) de direito pós-constitucional em relação às normas originárias da Constituição de 1988, mas pré-constitucional em relação às emendas constitucionais; (f) alegação de contrariedade à Constituição decorrente de decisão judicial ou controvérsia sobre a interpretação adotada pelo Judiciário, que, portanto, não envolva a aplicação de lei ou ato normativo infraconstitucional.

4.3. PROCESSOS PSEUDOCOLETIVOS (AÇÕES PSEUDOCOLETIVAS)

Nesse tipo de ação, apesar de algumas características típicas de tutela coletiva, na realidade tem-se a defesa de direitos estritamente individuais, de forma que sua natureza é individual e assim ela deve ser procedimentalmente tratada. Registre-se que não se trata das opções legislativas que nitidamente permitem a aplicação do microssistema coletivo a ações que tutelam direitos individuais, tal como ocorre nos direitos individuais homogêneos e nos direitos individuais indisponíveis da criança, do adolescente e do idoso. Trata-se de ações efetivamente individuais, não sujeitas ao microssistema coletivo.

Na ação pseudocoletiva, passa-se uma impressão de que a demanda teria natureza coletiva porque decorre de uma ação genuinamente coletiva e por ter como legitimados coletivos os sujeitos previstos nos arts. 5º da LACP e 82 do CDC. Como, entretanto, se tutelam direitos individuais devidamente individualizados, com identificação prévia de seus titulares, a ação tem natureza nitidamente individual e não deve ser regida pelo microssistema coletivo.

O exemplo clássico dessa espécie de ação é a execução consagrada nos arts. 97 e 98 do CDC, por meio da qual os legitimados coletivos ingressam com execução de sentença fundada em direito individual homogêneo para satisfazer de forma individualizada e identificada o direito de cada um dos indivíduos que serão beneficiados pela execução[99]. O tema é devidamente explorado no

[99] Abelha, Ponderações, p. 462; Gajardoni, Direitos I, p. 30.

Capítulo 16.4.3, mas é importante registrar essa espécie de ação no estudo dos diferentes processos coletivos.

4.4. AÇÕES PSEUDOINDIVIDUAIS

Em uma ação pseudoindividual há apenas uma aparência de tutela de direito individual, quando na realidade está se tutelando o direito da coletividade ou de um grupo, classe ou categoria de pessoas. Nesse caso, a tutela jurisdicional concedida ao autor da ação em virtude da procedência de seu pedido gera efeitos *ultra partes* ou *erga omnes*, tutelando na realidade um direito difuso ou coletivo, para os quais, naturalmente, o indivíduo não tem legitimidade ativa para tutelar.

Os exemplos são variados: Um cadeirante que ingressa com ação judicial para obrigar a Municipalidade a oferecer, num determinado trajeto, veículo com as especificidades necessárias ao seu transporte; um morador que, incomodado com o transtorno que uma feira livre lhe causa, ingressa com ação judicial para proibir sua realização; um sujeito que, inconformado com uma propaganda enganosa, que fere sua inteligência e boa-fé, ingressa com ação judicial para retirá-la dos meios de comunicação; um sujeito que, entendendo que determinada intervenção em monumentos mantidos em praças públicas viola o seu direito a apreciar o patrimônio histórico e cultural, ingressa com ação para proibir tal conduta; um ouvinte de rádio que ingressa com ação para retirar a "Voz do Brasil" da programação com o argumento que tem o direito de ouvir músicas e informações no tempo que dura o programa oficial.

Imprescindível nesse caso é distinguir se o direito do autor é realmente um direito individual, considerando-o como indivíduo, ou se tal direito lhe pertence não como indivíduo, mas como membro da coletividade ou de uma comunidade. Não é preciso grande esforço para se concluir que em todos os exemplos narrados acima o direito do autor não é individual, porque, por mais justificáveis suas pretensões, os direitos pleiteados não têm o indivíduo como titular, mas sim a coletividade, um grupo, classe ou categoria de pessoas. O autor, nesse caso, como membro dessa coletividade ou comunidade, tem o direito de ser tutelado, isso não se discute, mas não como indivíduo e sim como sujeito pertencente à coletividade ou comunidade.

Parece haver um consenso doutrinário de que tais situações melhor seriam tuteladas pela ação coletiva[100], pelas nítidas e indiscutíveis vantagens nessa espécie de tutela. Entendo, entretanto, que a questão não deve ser tratada no âmbito da adequação, mas da admissibilidade. Não vejo como admitir uma ação pseudoindividual, com a justificativa no direito constitucional de inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF), porque esse princípio deve respeito às

[100] Didier Jr.-Zaneti, *Curso*, p. 95.

condições da ação. Tal princípio não será violado se o autor da ação judicial não reunir no caso concreto as condições necessárias ao exercício do direito de ação.

Trata-se, na realidade, de impedimento ao exercício de direito de ação em razão da ilegitimidade ativa do autor em tutelar em juízo um direito difuso ou coletivo[101]. Em nada ajuda à tese contrária a afirmação de que a ação é individual porque assim foi formulada a fundamentação do autor, afinal, ele não pede tutela para os outros, limitando-se a pretender ser individualmente tutelado. O que determina a falsa natureza individual dessa ação é a natureza do direito tutelado, em nada importando a forma de narrativa da causa de pedir pelo autor e/ou de seu pedido.

Por outro lado, conforme corretamente ensinado pela melhor doutrina, esse tipo de ação pseudoindividual conduz a uma apreciação incompleta da questão, cria assimetria porque a coisa julgada opera-se *inter partes* e pode desorganizar políticas públicas, por meio do comprometimento do orçamento público em desfavor de toda a coletividade[102].

Há, entretanto, uma ponderação indispensável. Como fica o indivíduo se nenhum dos legitimados coletivos se animar a ingressar com a ação coletiva? Ele, que poderia ter seu direito, como membro da coletividade ou de uma comunidade, tutelado por tal ação, ficará sem direito a qualquer espécie de tutela?

Não há como discordar de parcela doutrinária que entende que, nesse caso, não permitir a ação proposta pelo indivíduo seria violar o princípio da inafastabilidade da jurisdição[103].

Imagine o funcionário de uma fábrica que emite poluentes muito acima do legalmente permitido, o que me afeta individualmente, como indivíduo, e difusamente, como membro da coletividade sujeita a tal emissão. Caso ele não tenha legitimidade individual de pleitear uma tutela a seu favor, ficará dependente dos humores dos legitimados coletivos. E caso nenhum deles se disponha a ingressar com a devida ação coletiva? O indivíduo será obrigado a suportar todos os danos em sua saúde sem poder pedir tutela jurisdicional que impeça a continuação da emissão dos poluentes acima do legalmente permitido? Naturalmente não se pode admitir que a inércia de legitimados coletivos sacrifique um direito individual.

E, uma vez tutelado o indivíduo por meio de sua ação individual, é natural que os efeitos da decisão que proíbe a emissão de poluentes acima do legalmente permitido afetem toda uma coletividade que também vinha sendo prejudicada por tal ato ilegal. Não que se tenha tutelado direito difuso por meio de ação individual, mas a proteção do direito difuso ocorre como consequência prática e inevitável do acolhimento da pretensão individual[104].

[101] Watanabe, Relação, *Repro* 139, set./2006, p. 34, apesar de inapropriado o exemplo utilizado para conceituar ações pseudoindividuais.

[102] Gajardoni, Direito I, p. 31.

[103] Didier Jr.-Zaneti Jr., *Curso*, p. 95.

[104] Wambier, Apontamentos, p. 276.

Valendo-se exatamente da mesma situação, Teresa Arruda Alvim Wambier conclui que "está-se, mais uma vez, em face de uma hipótese em que há a tal dimensão individual, que torna possível a defesa deste direito por meio dos caminhos tradicionais (...)".

Nesse sentido interessante lição doutrinária: poderia nesse caso se alegar não ser possível que a pretensão individual de um torcedor vincule todos os demais, considerando que a consequência prática do acolhimento de seu pedido será o restabelecimento da classificação obtida dentro de campo do Campeonato Brasileiro de futebol de 2013, que a todos afetará. Essa eficácia, entretanto, que é natural de qualquer decisão judicial, é reconhecida no sistema jurídico desde os ensinamentos de Liebman a respeito dos efeitos naturais da sentença[105].

O tema, como se pode notar, ganha contornos ainda mais problemáticos quando um mesmo ato ilícito ofende direito genuinamente individual e direito difuso ou coletivo. Nesse caso, não há como se negar que o indivíduo provavelmente tenha dois direitos no caso concreto: como indivíduo e como membro da coletividade ou comunidade. Exemplo lembrado pela doutrina é o pedido elaborado em ação individual em razão de poluição que está atingindo diretamente o vizinho da fábrica, que, inclusive, já apresenta concretos problemas de saúde associados à poluição[106]. Nesse caso, há nitidamente um direito individual associado à saúde do autor, de natureza individual, e um direito difuso referente ao meio ambiente equilibrado, de natureza difusa.

O sujeito lesionado em sua saúde indiscutivelmente não tem legitimidade para tutelar o meio ambiente, mas é inegável que o tem para tutelar sua própria saúde. Em situações como essa, insisto não ser correta a tese da inadmissibilidade da ação individual. O sujeito nesse caso é titular de um direito individual, independentemente de os direitos de natureza transindividuais também estarem sendo lesionados pelo mesmo ato ilícito. A ofensa ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional nesse caso seria decorrência inexorável da admissibilidade da ação individual.

Uma vez sendo julgada procedente a ação individual, com a tutela individual pleiteada pelo autor, haverá uma geração de efeitos que ultrapassará as partes, atendendo a coletividade ou uma comunidade. Essa tutela decorrerá de uma mera circunstância de fato, e não de direito, porque, nesse caso, o autor da ação individual não tem legitimidade para defender o direito da coletividade ou da comunidade em juízo[107]. É preciso reconhecer, entretanto, que, apesar de a tutela não decorrer do direito, mas de fato, e ser gerada apenas de forma reflexa, o resultado de uma ação individual terá tutelado um direito difuso ou coletivo.

Contudo, mesmo nesses casos, caberá ao juiz tutelar o indivíduo, sempre que possível, sem tutelar o direito difuso ou coletivo violado pelo mesmo ato

[105] Greco, Instituições, v. II, p. 383.

[106] Assagra de Almeida, Direito, p. 496.

[107] Assagra de Almeida, Direito, p. 496.

ilícito. Sendo o pedido condenatório de pagar quantia certa é natural que não haja tutela além da individual. Assim, no exemplo apresentado, se o autor pleitear a condenação do réu ao pagamento de seu tratamento de saúde, o único direito tutelado será o direito individual do próprio autor.

A questão cresce em complexidade na hipótese de pedido cominatório, que tenha como objeto o cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer, que inexoravelmente tutelará direitos difusos ou coletivos. Entendo que, nesse caso, o juiz poderá, sempre que possível, condenar o réu em outra obrigação de fazer ou não fazer não pleiteada pelo autor, desde que com isso consiga um resultado prático equivalente ao cumprimento da obrigação, nos termos do art. 497 do CPC. No exemplo apresentado, é possível que o réu seja condenado a desviar as chaminés de sua fábrica, de forma a não mais afetar o autor, com continuidade a lesão ao direito da coletividade a um meio ambiente saudável.

A meu ver, será sempre preferível uma condenação em obrigação que se limite a atender ao direito individual pleiteado, firme no entendimento da falta de legitimidade do indivíduo para tutelar direitos difusos e coletivos. Ocorre, entretanto, que a solução alternativa sugerida pode não ser possível no caso concreto, e, nesse caso, a única obrigação que satisfaz plenamente o direito individual será aquela que também gerará consequências para a coletividade ou comunidade. Embora indesejável, entendo que, diante dessa circunstância, limite a tutela individual poderá gerar essa eficácia fática mais ampla, a ponto de atingir direitos difusos e coletivos.

O Código de Processo Civil de 2015 manteve a tradição do CPC/1973 de regulamentar a tutela do direito individual, sendo aplicável ao microssistema coletivo apenas de forma subsidiária. Havia no projeto de lei aprovado na Câmara, entretanto, uma novidade que acabava dizendo respeito à tutela coletiva: a conversão da ação individual em ação coletiva prevista no art. 333 do CPC de 2015. Essa novidade não foi bem compreendida pela Presidente da República que vetou o dispositivo que tratava da matéria.

Acolhendo sugestão da Advocacia-Geral da União, o veto presidencial teve a seguinte motivação: "Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB".

Apesar dos inúmeros problemas do dispositivo legal, certamente a razão do veto não se encontra entre eles. Afinal, conforme demonstrarei, a nova norma serviria para evitar a extinção terminativa do processo pseudoindividual por ilegitimidade ativa do indivíduo ou, na hipótese de pedido individual correlato a pedido transindividual, o pedido do autor da ação estaria resguardado pela previsão do § 9.º do artigo vetado.

Por outro lado, não entendo que as previsões já constantes no Código de Processo Civil de 2015 a respeito das demandas repetitivas sejam motivo suficiente para justificar o veto, em especial na hipótese da conversão da ação individual em ação coletiva evitar a extinção do processo sem resolução do mérito por ilegitimidade ativa do indivíduo que formula pedido de natureza transindividual.

Apesar do veto, diante da relevância do tema, ainda que sem repercussões práticas em razão de sua retirada do texto final, é válido tecer alguns comentários.

Nos termos do art. 333, *caput*, do projeto de lei aprovado pela Câmara, havendo relevância social e dificuldade de formação do litisconsórcio, a ação individual poderia ser convertida em ação coletiva desde que: (I) tivesse alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei n.º 8.078, de 11.09.1990, e cuja ofensa afetasse, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; (II) tivesse por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, pela sua natureza ou por disposição de lei, devesse ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo.

Ainda que a simples leitura dos incisos mencionados já fosse suficiente para tal conclusão, o projeto de lei aprovado na Câmara consagrou expressamente a impossibilidade da conversão ora analisada para a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos. Também não seria admitida a conversão nas hipóteses previstas pelo § 3.º, quando: (I) já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento; (II) houvesse processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou (III) o juízo não tivesse competência para o processo coletivo que seria formado.

A hipótese prevista no art. 333, I, do projeto de lei aprovado pela Câmara tratava de situações fáticas que concomitantemente ofendiam direitos de diferentes naturezas[108], exigindo-se no caso a ofensa ao direito individual do autor e da coletividade (direito difuso) ou de uma comunidade (direito coletivo).

Nesse caso entendi que a dificuldade de formação do litisconsórcio, prevista no *caput* do dispositivo, deveria ser afastada como requisito necessário para a conversão, mantendo-se apenas a exigência de relevância social. Não via impedimento à conversão ora analisada a circunstância de o ato ilícito afetar apenas um indivíduo e a coletividade ou comunidade. Na realidade nem seria caso de litisconsórcio, mas não teria lógica vetar a conversão. Nesse sentido o Enunciado n.º 37 do II Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): "É presumida a relevância social na hipótese do inciso I do art. 333, sendo dispensável a verificação da 'dificuldade de formação do litisconsórcio'".

Ademais, havia a necessidade de ser bem compreendido o "alcance coletivo" do pedido individual.

[108] Mazzilli, *A defesa*, p. 59.

Conforme já afirmado, naquilo que se chama de ação pseudoindividual há apenas uma aparência de tutela de direito individual, quando na realidade está-se tutelando o direito da coletividade ou de um grupo, classe ou categoria de pessoas. Nesse caso, a tutela jurisdicional concedida ao autor da ação em virtude da procedência de seu pedido gera efeitos *ultra partes* ou *erga omnes*, tutelando, na realidade, um direito difuso ou coletivo, para os quais, naturalmente, o indivíduo não tem legitimidade ativa para tutelar.

A segunda hipótese de conversão, prevista pelo art. 333, II, do projeto de lei aprovado na Câmara, era de mais difícil compreensão. Ao tratar de uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja decisão devesse ser uniforme para todos os membros do grupo em razão de disposição legal ou por sua natureza, o dispositivo parecia indicar típica hipótese de litisconsórcio facultativo unitário. O objetivo da conversão, de dar a todos um tratamento isonômico era nobre, mas o problema prático era como desvincular essa hipótese daquela já prevista no inciso I do dispositivo legal, porque, se a relação jurídica conflituosa é incindível, devendo ser decidida uniformemente para todos os membros que compõem o grupo, o pedido do autor terá alcance coletivo.

Em termos procedimentais, eram legitimados a pedir a conversão o Ministério Público, a Defensoria Pública (previstos no *caput* do art. 333) e os demais legitimados coletivos previstos nos arts. 5.º da LACP e 82 do CDC (previstos no § 1.º). Sendo incomum que os legitimados coletivos participem da ação individual – excepcionalmente o Ministério Público pode funcionar como fiscal da ordem jurídica –, poderia se questionar como esses sujeitos tomariam conhecimento do processo para nele intervir pedindo a conversão ora analisada.

Como forma de aumentar consideravelmente a possibilidade de conversão da ação individual em ação coletiva (ainda que tal conversão não seja mais possível em razão da ausência do instituto no texto final do CPC), é elogiável o Enunciado 39 do FPPC: "É dever do juiz intimar os legitimados do art. 333 do CPC para, se for o caso, requerer a conversão, aplicando-se, por analogia, o art. 139, X, do CPC".

Repetindo regra consagrada no art. 7.º da LACP, o art. 139, X, do projeto de lei aprovado na Câmara incluía entre os deveres do juiz a intimação do Ministério Público, da Defensoria Pública e, na medida do possível, dos demais legitimados coletivos, quando notasse a pluralidade de demandas individuais repetitivas, para que, se se fosse o caso, se promovesse a devida ação coletiva. Se o juiz tinha o dever de provocar a propositura da ação coletiva, é inevitável a conclusão de que também tivesse tal poder para provocar a conversão da ação coletiva em ação individual. Nesse ponto, entretanto, o veto foi ineficaz, considerando-se que o art. 139, X, do CPC manteve tal regra no diploma processual de 2015.

Como o legitimado que pede a conversão é o que, após seu deferimento, ingressa como coautor do indivíduo, era interessante a opção do projeto de lei aprovado na Câmara de incluir a Defensoria Pública, aparentemente sem nenhuma exigência vinculada à pertinência temática, como legitimada a conduzir

uma ação coletiva, ainda que fruto de conversão de ação individual. O tema, como se sabe, é consideravelmente polêmico quanto à legitimidade originária da Defensoria Pública para a propositura da ação coletiva, devidamente analisada no Capítulo 8, item 8.2.5.

Segundo o *caput* do dispositivo ora analisado, o autor da ação individual seria ouvido, não ficando muito claro com qual objetivo. É natural que, se o autor seria ouvido, ou ao menos teria oportunidade para isso, poderia discordar da conversão, e sua manifestação deveria ser levada em consideração pelo juiz. Entendia, entretanto, que a única fundamentação admissível por parte do réu seria a que dizia respeito ao não preenchimento dos requisitos legais para a conversão. A simples vontade de o autor continuar com sua ação individual não seria o suficiente para impedir a conversão, porque, conforme já exposto, ou ela evitaria a extinção por ilegitimidade ativa ou seria a forma mais conveniente de continuar a demanda quando o interesse público se sobrepusesse ao interesse individual.

Nesse sentido, o Enunciado 41 do II FPPC: "*A oposição das partes à conversão da ação individual em coletiva limita-se à alegação do não preenchimento dos seus pressupostos*".

O autor individual, que continuaria no polo ativo da ação, se assim pretendesse, agora como litisconsorte do legitimado ativo (art. 333, § 6.º), não suportaria qualquer ônus em decorrência dessa conversão, considerando que não seria responsável por qualquer despesa processual decorrente de tal conversão (art. 333, § 7.º).

Também seria ouvido o Ministério Público sobre o pedido, caso não tivesse sido ele mesmo que o tenha formulado (art. 333, § 10). E mesmo não constando expressamente do dispositivo legal, em respeito ao princípio do contraditório, também deveria ser ouvido o réu, desde que já citado, cabendo sua intimação para se manifestar sobre o pedido de conversão. Nesse sentido, o Enunciado 40 do II FPPC: "*Havendo requerimento de conversão, o juiz, antes de decidir, ouvirá o autor e, caso já tenha sido citado, o réu*".

Sendo determinada a conversão, nos termos do art. 333, § 4.º, do projeto de lei aprovado na Câmara, o juiz intimaria o autor do requerimento para que, no prazo fixado, aditasse ou emendasse a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva. E, havendo tal aditamento ou emenda, o art. 333, § 5.º, previa que o juiz determinasse a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 dias, em respeito ao princípio do contraditório. A partir daí o procedimento seguiria as regras do processo coletivo, nos termos do art. 333, § 8.º.

5

PRINCÍPIOS DO PROCESSO COLETIVO

Sumário: 5.1. Acesso à ordem jurídica justa – 5.2. Princípio da participação – 5.3. Ativismo judicial: 5.3.1. Sistemas processuais dispositivo e inquisitivo; 5.3.2. Sistema processual no processo coletivo e poderes do juiz; 5.3.3. Processo coletivo e a implementação de políticas públicas; 5.3.4. Dever do juiz na prática de atos processuais (prazos impróprios) – 5.4. Contraditório – 5.5. Economia processual – 5.6. Interesse no julgamento de mérito: 5.6.1. Princípio de teoria geral do processo; 5.6.2. Especificamente o processo coletivo; 5.6.3. Interesse no melhor julgamento de mérito possível – 5.7. Disponibilidade motivada – 5.8. Obrigatoriedade de promoção da defesa dos direitos coletivos *lato sensu*? – 5.9. Obrigatoriedade da execução – 5.10. Não taxatividade da tutela coletiva – 5.11. Competência adequada.

5.1. ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA

Consagrado pelo art. 5º, XXXV, da CF ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"), o princípio da inafastabilidade tem dois aspectos: a relação entre a jurisdição e a solução administrativa de conflitos e o acesso à ordem jurídica justa, que dá novos contornos ao princípio, firme no entendimento de que a inafastabilidade somente existirá concretamente por meio do oferecimento de um processo que efetivamente tutele o interesse do titular do direito material.

Apesar da inegável relevância do primeiro aspecto, ele não diz respeito à tutela coletiva, de forma que seu enfrentamento extrapolaria os objetivos do presente livro. Já o segundo aspecto, que representa a visão moderna do princípio, merece rigorosa análise porque guarda estreita relação com a tutela coletiva. Tanto assim que no art. 3º, I, do Projeto de Lei 5.139/2009, que pretendia reunir as normas processuais coletivas em uma só lei, constava como princípio do processo civil coletivo o amplo acesso à justiça.

O que se pretende com essa visão mais moderna do princípio da inafastabilidade é tornar concreta e efetiva a promessa constitucional por meio de um sistema

processual que realmente tutele direitos lesionados ou ameaçados de lesão. Mais que um bonito *slogan* consagrado no texto constitucional, o que se deve buscar é garantir a prometida inafastabilidade no caso concreto. E como concretizar a promessa constitucional? Por meio do chamado "acesso à ordem jurídica justa", ou, como preferem alguns, "acesso à tutela jurisdicional adequada". Segundo lição corrente na doutrina, essa nova visão do princípio da inafastabilidade encontra-se fundada em quatro ideais principais, verdadeiras vigas mestras do entendimento[1].

Em primeiro lugar, deve-se ampliar o máximo possível o acesso ao processo, permitindo-se que eventuais obstáculos sejam mínimos, senão inexistentes. Esse amplo acesso cresce em importância quando referente ao aspecto econômico[2] da demanda e aos direitos transindividuais.

Já no primeiro fundamento estrutural do acesso à ordem jurídica justa é possível notar a sua relevância para o processo coletivo. Naturalmente não no tocante ao amplo acesso aos necessitados econômicos, porque nesse caso a relação de hipossuficiência econômica do autor não guarda qualquer relação com a tutela coletiva. Ainda que exista um ponto em comum no tratamento do pobre e dos direitos coletivos *lato sensu*, visto que ambos gozam de gratuidade, no primeiro caso a justificativa é a necessidade de não impor barreiras econômicas ao acesso do pobre, enquanto no segundo a justificativa é o incentivo à propositura de ações coletivas, conforme devidamente analisado no Capítulo 19.

A preocupação com o acesso ao processo dos direitos transindividuais partiu da constatação de que o sistema processual tradicionalmente voltado para a tutela de direitos individuais era incapaz de tutelar essas espécies de direitos. Conforme foi devidamente demonstrado no Capítulo 2, a utilização do sistema processual consagrado pelo Código de Processo Civil tornaria praticamente inviável a tutela dos direitos difusos e coletivos[3], de modo que a única forma de cumprir a promessa constitucional da inafastabilidade seria por meio da criação de um novo sistema processual, mais adequado às necessidades dessas espécies de direito material.

É interessante observar que essa constatação não se deu somente no Brasil, como se pode notar das conclusões de tradicional trabalho de análise realizado por doutrinadores de diversos países, tanto da *civil law* como da *common law*. Percebendo a necessidade de uma maior e mais plena efetivação dos direitos materiais por meio do processo, formulou-se a ideia das três ondas reformatórias do processo, pelas quais se atingiria o objetivo buscado pelo acesso à ordem jurídica justa. A primeira onda renovatória tinha como preocupação o hipossuficiente econômico; a segunda, os direitos transindividuais; e a terceira, o modo de ser do processo[4].

[1] Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria*, pp. 39-41.

[2] Marinoni, *Novas*, pp. 29-32.

[3] Grinover, Direito processual coletivo, 2.2, disponível em: <http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/grinover_direito_processual_coletivo_principios.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2012.

[4] Cappelletti-Garth, Acesso, pp. 31-74.

A criação do microssistema coletivo, devidamente analisado no item 2.3, vem ao encontro da reconhecida necessidade de fornecer instrumentos processuais hábeis à efetiva tutela dos direitos transindividuais. Ainda que se possa criticar pontualmente algumas regras ou omissões do microssistema, é inegável que sua simples existência já torna, ao menos abstratamente, possível a tutela dos direitos difusos e coletivos.

Uma vez ampliado o acesso, deve-se observar o respeito ao devido processo legal, em especial a efetivação do contraditório real e do princípio da cooperação. Significa que as partes devem desempenhar um papel fundamental durante o processo, com ampla participação e efetiva influência no convencimento do juízo. De nada adiantará a ampliação do acesso se tal participação não for incentivada e respeitada no caso concreto. Essa ampla participação pode ser obtida por intermédio de um contraditório participativo, mediante o qual o juiz mantenha um diálogo permanente e intenso com as partes, bem como por meio do contraditório efetivo, sendo as participações das partes concretamente aptas a influenciar a formação do convencimento do juízo no caso concreto.

A ampla participação das partes acarreta ao menos duas evidentes vantagens: a) maiores serão as chances de obtenção de pacificação social, considerando-se que a parte derrotada que entende ter feito o possível para defender seu interesse em juízo tende a se conformar mais facilmente com sua derrota; b) o juiz terá mais elementos para valorar e proferir uma decisão de melhor qualidade, já que receberá das partes uma quantidade maior de elementos – fáticos e jurídicos – de convicção.

É tranquilo e correto o entendimento de que a ampla participação das partes no processo é uma exigência positiva tanto para o processo individual como para o coletivo, até porque os benefícios de sua adoção indicados no parágrafo anterior são verificados em ambos. Ainda assim, as diferentes espécies de legitimidade ativa dos dois processos fazem com que a efetiva participação seja encarada de forma distinta.

Amplia-se o acesso, permite-se a ampla participação, mas profere-se uma decisão injusta. É fácil perceber que nesse caso tanto o acesso como a ampla participação não levaram as partes a lugar algum. Em razão disso, a terceira "viga mestra" do acesso à ordem jurídica justa é a decisão com justiça, ainda que o conceito de justiça seja indeterminado, suscetível de considerável dose de subjetivismo. O que se pode afirmar, com segurança, é que a missão de decidir com justiça não significa a permissão de julgamento por equidade, espécie de julgamento reservado a situações excepcionais, expressamente previstas em lei (art. 140, parágrafo único do CPC). Trata-se de preferir a interpretação mais justa diante de várias possíveis, ou, ainda, de aplicar a lei sempre se levando em consideração os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais.

Naturalmente que a busca por uma decisão justa não é exclusividade do processo coletivo, considerando-se que a injustiça deve ser evitada independentemente da espécie de direito material discutido no processo, e, objetivamente,

decisão injusta é sempre decisão injusta. Mas não é possível se esquecer que, em termos subjetivos, uma decisão injusta proferida em ação coletiva terá uma relevância mais significativa, uma vez que na ação individual a injustiça prejudicará apenas um indivíduo, enquanto na ação coletiva serão afetados toda a coletividade ou um grupo, classe ou categoria de pessoas.

Por fim, de nada adiantará ampliar o acesso, permitir a ampla participação e proferir decisão com justiça, se esta se mostrar, no caso concreto, ineficaz. O famoso "ganhou, mas não levou" é inadmissível dentro do ideal de acesso à ordem jurídica justa. A eficácia da decisão, portanto, é essencial para se concretizar a promessa constitucional de inafastabilidade da jurisdição.

Não é razoável pretender limitar esse fundamento estrutural do acesso à ordem jurídica justa ao processo coletivo, sendo inimaginável que a preocupação com a efetividade do resultado do processo não esteja também presente no âmbito da tutela individual. Novamente, entretanto, o tema é potencializado na tutela coletiva em razão da quantidade de pessoas que deixarão de ser efetivamente tuteladas diante de uma decisão ineficaz. Ineficácia de resultado é nociva à promessa constitucional de inafastabilidade em qualquer espécie de processo, mas o prejuízo material pela ineficácia certamente é mais sentido no âmbito da tutela coletiva.

De qualquer forma, e salvo raras exceções devidamente analisadas em momento oportuno, as principais medidas que visam dar efetividade às decisões judiciais são comuns à tutela individual e coletiva.

A questão da eficácia pode ser enfrentada sob três diferentes perspectivas. Na primeira, a necessidade de tutela de urgência ampla, de forma a afastar concretamente o perigo de ineficácia representado pelo tempo necessário à concessão da tutela definitiva[5]. Nesse tocante, o direito brasileiro encontra-se excepcionalmente servido, contando com a tutela cautelar, garantidora, e a tutela antecipada, satisfativa, ambas amplas e genéricas, cabíveis em qualquer hipótese e a qualquer momento, desde que preenchidos os requisitos legais para sua concessão. O tema da tutela de urgência no processo coletivo é tratado no Capítulo 17.

Em segundo lugar, a necessidade de aumentar os poderes do juiz na efetivação de suas decisões, o que pode ocorrer – como o direito brasileiro vem fazendo – por dois caminhos distintos: (a) disponibilizar ao juiz mecanismos de execução indireta, por meio dos quais poderá convencer o devedor de que o melhor a fazer é cumprir a obrigação. A execução indireta pode se dar de duas formas: ameaça de piora na situação atual (*astreintes*, prisão civil) ou oferecimento de melhora na situação atual (arts. 827, § 1º, e 701, § 1º, do CPC); (b) aumentar as sanções processuais a serem aplicadas pelo juiz na hipótese de não cumprimento ou criação de obstáculos à efetivação da decisão judicial, com

[5] Dinamarco, *Instituições*, p. 116; Bedaque, *Código*, p. 39.

especial ênfase ao ato atentatório à dignidade da jurisdição (*contempt of court*), previsto no art. 77, IV, § 2º, do CPC[6].

Em terceiro lugar, cumprir a promessa constitucional prevista no art. 5º, LXXVIII, que garante às partes uma razoável duração do processo por meio da adoção de técnicas procedimentais que permitam uma maior celeridade, naturalmente sem afastar as garantias constitucionais do processo. O raciocínio é bastante simples: quanto mais demore uma demanda judicial, menores são as chances de o resultado final ser eficaz, devendo-se atentar para essa realidade no momento da estruturação procedimental e da fixação das regras para a condução do processo.

Registre-se que essa preocupação com a duração razoável do processo vinha expressamente consagrada no art. 3º, II, do Projeto de Lei 5.139/2009, pelo qual se pretendeu reunir as normas processuais coletivas. O mencionado dispositivo previa como princípio do processo civil coletivo a duração razoável do processo, com prioridade no seu processamento em todas as instâncias. Ainda que se deva zelar pela duração razoável do processo coletivo em decorrência da previsão contida no art. 5º, LXXVIII, da CF, sem a aprovação de norma expressa nesse sentido é impossível pretender atualmente que os processos coletivos tenham prioridade de julgamento.

Justamente por exigir uma previsão expressa de norma no sentido de determinar prioridade de julgamento em qualquer espécie de processo, discordo da doutrina[7] que entende que os indiscutíveis benefícios advindos do processo coletivo – evitar a proliferação de processos individuais e o surgimento de decisões conflitantes – fazem surgir um interesse social que justificaria a prioridade no julgamento, mesmo sem a previsão expressa em lei.

Em síntese conclusiva, pode-se notar que das quatro "vigas mestras" do acesso à ordem jurídica justa três delas, apesar de exigidas tanto no processo individual como no coletivo, ganham maior relevância no segundo em razão da amplitude de sujeitos potencialmente beneficiados ou prejudicados pela ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. Trata-se do fenômeno da universalidade da jurisdição, que inclusive é apontada como um dos princípios do processo coletivo[8].

5.2. PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO

Já tive oportunidade de afirmar que a eficácia *inter partes* da coisa julgada material, consagrada no art. 506 do CPC, que limita a imutabilidade e a indis-

[6] Para análise mais aprofundada, consultar: Neves, *Nova*, pp. 21-67.

[7] Assagra, Direito processual coletivo brasileiro, 11.7.2, pp. 572-573; Gajardoni, Direitos Difusos e coletivos I, p. 37.

[8] Grinover, Direito processual coletivo, 2.2, disponível em: <http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/grinover_direito_processual_coletivo_principios.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2012.

cutibilidade da decisão às partes, evitando dessa forma que um terceiro seja prejudicado, justifica-se nos princípios da ampla defesa e do contraditório, não sendo legítimo que uma sentença de mérito vincule definitivamente um sujeito que não teve a oportunidade de participar do processo no qual tal decisão foi proferida[9]. Entendo que a participação – ou ao menos a sua oportunidade – do sujeito no processo é indispensável para que a decisão proferida se torne para ele imutável e indiscutível.

Em um ambiente de legitimação ordinária fica ainda mais simples justificar a regra consagrada no art. 506 do CPC, considerando-se que nessa espécie de legitimidade são os titulares de direitos e obrigações que participarão do processo como parte. Portanto, a solução definitiva sobre o direito alcançaria justamente os seus titulares, o que cria uma perfeita sintonia entre a eficácia *inter partes* da coisa julgada material e a legitimação ordinária.

A participação no processo como legitimado ordinário do titular do direito material na tutela individual garante a ele o pleno exercício dos princípios da ampla defesa e do contraditório na defesa de seus interesses próprios. Sendo inegável que a ele será oportunizada tanto mais ampla e irrestrita participação no processo, quanto mais o juiz atender aos princípios do contraditório real e da cooperação. A participação pelo processo, entretanto, é restrita ao titular do direito, único que será beneficiado, ao menos diretamente, pelo resultado positivo do processo individual. O processo, portanto, apesar de conceder uma ampla participação do titular do direito no processo, restringe a participação pelo processo justamente a esse titular.

Conforme amplamente analisado no item 8.1, não existe legitimação ordinária no polo ativo das ações coletivas, de forma que os titulares do direito material discutido no processo não poderão, por falta de legitimidade para tanto, participar do processo. A maior flexibilidade permitida nessa afirmação decorre da regra consagrada no art. 94 do CDC, que permite aos indivíduos titulares do direito o ingresso como litisconsortes ulteriores do autor em ação coletiva cujo objeto seja um direito individual homogêneo. Ainda assim, a legitimidade para a propositura da ação nunca será do titular do direito coletivo *lato sensu* discutido no processo.

Significa que, diferentemente do que ocorre no processo individual, no processo coletivo aos titulares do direito não será permitido participar do processo, sendo dele excluídos pela ausência de legitimação. Dessa forma, o autor do processo coletivo, que participará da demanda na defesa do direito da coletividade ou de uma comunidade, não é o titular do direito, mas sim o legitimado coletivo apontado pela lei processual. Essa ausência do titular do direito no processo impede que ele exerça na prática os princípios do contraditório e da ampla defesa, cuja defesa ficará a cargo do substituto processual. É correto concluir, portanto, que no processo coletivo não existe participação no processo do titular do direito.

[9] Neves, Manual, n. 17.7, p. 540.

Por outro lado, diferente do que ocorre com o processo individual, o resultado positivo do processo coletivo afetará uma quantidade considerável de pessoas, levando-se em conta que os titulares do direito serão a coletividade ou um grupo, classe ou categoria de pessoas. Portanto, se a participação pelo processo é garantida a uma quantidade razoável de sujeitos que compõem a coletividade ou comunidade tutelada, é correto concluir que esses sujeitos não terão participação no processo em que se busca a tutela de direitos materiais. O resultado, afinal, terá repercussão subjetiva significativa e a tutela do direito material proveniente do processo coletivo fará com que os sujeitos que não puderam participar do processo sejam diretamente beneficiados pelo seu resultado.

Conforme já teve oportunidade de afirmar acertadamente a doutrina, no processo coletivo existe uma menor participação no processo e uma maior participação pelo processo[10].

5.3. ATIVISMO JUDICIAL

5.3.1. Sistemas processuais dispositivo e inquisitivo

A depender do sistema processual adotado, o juiz poderá ser mais ou menos atuante durante o andamento procedimental. Ainda que se possa imaginar que a disposição para uma maior participação do juiz deve partir de uma postura mais proativa do magistrado no caso concreto, é necessário que exista um sistema que permita tal forma de conduta. Dessa maneira, antes de se preocupar com a conduta pessoal do juiz, é imprescindível existir um sistema processual que permita uma atuação mais efetiva, constante e presente do julgador.

No sistema inquisitivo puro o juiz é colocado como a figura central do processo, cabendo a ele a sua instauração e condução sem a necessidade de qualquer provocação das partes. A liberdade na atuação do juiz é ampla e irrestrita. No sistema dispositivo puro o juiz passa a ter uma participação condicionada à vontade das partes, que definem não só a existência e extensão do processo – cabendo ao interessado a sua propositura e definição dos elementos objetivos e subjetivos –, como também o seu desenvolvimento, que dependerá de provocação para que prossiga.

O sistema brasileiro é misto[11], com preponderância do princípio dispositivo[12]. Acredito que o juiz venha ganhando gradativamente poderes no âmbito do processo civil, de modo que o sistema adquira cada vez mais contornos inquisitivos, mas ainda assim é possível afirmar pela prevalência do sistema dispositivo no sistema misto atualmente existente.

[10] Grinover, Direito processual coletivo, 2.2, disponível em: <http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/grinover_direito_processual_coletivo_principios.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2012.

[11] Theodoro Jr., *Curso*, n. 23, p. 29.

[12] Ovídio Baptista, *Teoria*, p. 47.

5.3.2. Sistema processual no processo coletivo e poderes do juiz

A questão que deve ser enfrentada diz respeito à eventual diferença entre o processo individual e coletivo que possa ensejar uma maior ênfase do sistema inquisitivo no segundo. Certamente, mais uma vez serão lembradas duas características típicas do direito material tutelado pelo processo coletivo que sempre geram diferenças desse processo com o individual: (a) a natureza do direito material, invariavelmente indisponível ou disponível de relevância social, com repercussões práticas para número considerável de sujeitos; e (b) a ausência dos sujeitos que serão afetados pela decisão do processo, de modo que o contraditório é formado perante substitutos processuais.

Com essas características em mente, é possível, dentro dos próprios poderes do juiz no processo individual, potenciá-los no processo coletivo. Logo, se é inegável a existência de poderes instrutórios do juiz, conforme expressa previsão do art. 370 do CPC, no processo coletivo o juiz deve ter ainda mais preocupação com a qualidade da prova, tornando-se cada vez mais ativo em sua produção de ofício para a formação de seu convencimento da maneira mais plena possível[13]. Sendo cabível ao juiz dar oportunidades de saneamento de vícios para evitar a declaração de nulidades, conforme determina o princípio da cooperação, no processo coletivo deverá ser ainda mais cuidadoso nesse tocante. E, assim por diante, sempre que houver um poder do juiz no processo individual, caberá a ele no processo coletivo demonstrar uma maior preocupação em fazer valer concretamente tal poder.

Sempre entendi que a natureza do direito material discutido e a espécie de legitimação presente no caso concreto não deveriam influenciar a postura do juiz em sua conduta, porque a sua figura mais ativa e participante é bem-vinda em qualquer espécie de processo. A qualidade da tutela jurisdicional, afinal, não depende de nenhum aspecto do direito material ou da legitimação, devendo ser buscada em qualquer processo da mesma forma. Se a qualidade da prestação jurisdicional está associada ao interesse público mais relevante que se espera da atividade jurisdicional, cabe ao juiz entregá-la independentemente de especificidades do caso concreto.

Continuo a defender esse entendimento, mas compreendo plenamente a doutrina que defende um juiz mais ativo e preocupado em fazer valer seus poderes para melhorar a qualidade da prestação jurisdicional no processo coletivo. Entendo, mas analiso as considerações sob outra perspectiva: da falta de qualidade da prestação jurisdicional. Se é certo que em todos os processos deve-se ter a mesma preocupação com a qualidade da prestação jurisdicional, não há dúvida de que a despreocupação do juiz com a consequente concessão de tutela jurisdicional sem a devida qualificação se faz sentir de forma muito mais significativa no processo coletivo. E, para se chegar a tal conclusão, basta lembrar

[13] Oliveira, Poderes, 3.7, pp. 85-90.

a relevância subjetiva desses direitos, que leva o processo coletivo a interessar a número considerável de pessoas.

Ainda que se trabalhe com a coisa julgada *secundum eventum litis in utilibus*, desvinculando os indivíduos de um eventual resultado negativo da ação coletiva, essa forma especial de coisa julgada não resolve dois problemas: (a) a violação ao direito difuso ou coletivo, que não poderá ser alegada pelo indivíduo em sua ação individual; (b) a nítida ofensa ao princípio da economia processual com injusto resultado negativo de ação coletiva, o que ensejará uma "enxurrada" de ações individuais.

Apesar do inegável interesse do tema da intensificação dos poderes do juiz no processo coletivo, já existentes no processo individual, mais interessante é saber se existe algum poder que o juiz tenha exclusivamente quando atua nessa espécie de processo. A existência de tais poderes demonstraria um sistema mais inquisitivo do que aquele presente no processo individual, possibilitando que o juiz faça mais não só se valendo mais efetivamente de poderes que já tem em qualquer processo, mas de alguns poderes que terá à sua disposição tão somente no processo coletivo.

No Título III do CDC, na LIA e na LMS, não existe previsão que indique ter o juiz poderes exclusivos no âmbito dos processos coletivos.

Na Lei 4.717/1965 há apenas duas previsões de poder do juiz inexistentes no processo individual, mas de pouca repercussão. Segundo o art. 7º, IV, o juiz poderá, mediante requerimento do interessado, e se particularmente difícil a produção de prova documental, prorrogar o prazo de 20 dias de contestação por mais 20 dias. Ainda que o art. 139, VI, do CPC preveja que o juiz tem o poder de prorrogar qualquer prazo, em razão da norma específica na ação popular essa prorrogação só poderá se realizar por mais 20 dias. No art. 15, há previsão do poder de remeter cópia de peças às autoridades ou administradores responsáveis por aplicação de ofício de sanções quando ficar provada a infringência da lei penal ou a prática de falta disciplinar a que a lei comine a pena de demissão ou a de rescisão de contrato de trabalho. No tocante à prática de crime, o poder existe em qualquer processo, o mesmo não se podendo dizer das sanções de demissão e rescisão do contrato de trabalho.

Acredito que as previsões expressas mais interessantes concernentes ao tema ora analisado se encontram na LACP e no CDC, os dois diplomas que formam o núcleo duro do microssistema coletivo, conforme analisado no item 2.3.1.

O art. 7º da LACP, que prevê a possibilidade de juízes e tribunais, no exercício de suas funções, remeterem peças ao Ministério Público para as providências cabíveis quando tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação coletiva, trata de forma bastante interessante e peculiar os princípios da inércia da jurisdição e do impulso oficial[14]. O teor da norma é copiado pelos

[14] Didier Jr.-Zaneti Jr., Curso, p. 128.

arts. 90 do Estatuto do Idoso e 221 do ECA. Segundo a previsão do art. 2º do CPC, a existência do processo depende de provocação do interessado (princípio dispositivo), enquanto seu desenvolvimento se dá por meio do impulso oficial (princípio inquisitivo).

Não que o dispositivo ora analisado quebre essa tradicional regra do sistema processual brasileiro, até porque o juiz não pode dar início de ofício ao processo coletivo, mas, ao permitir que "provoque" um legitimado ativo para que o processo seja iniciado, pratica ato absolutamente incompatível com o processo individual. Basta imaginar o absurdo da situação de um juiz intimar um indivíduo remetendo-lhe peças do processo e sugerindo que ele tenha um direito a ser reclamado em juízo.

Também interessante a regra consagrada no art. 100 do CDC, que permite aos legitimados ativos a propositura da execução por *fluid recovery* em sentenças condenatórias cujo objeto seja um direito individual homogêneo. O peculiar poder do juiz nesse caso diz respeito à fixação do valor dessa execução, que parte de uma sentença que reconhece a violação de um direito individual homogêneo e o direito aos indivíduos ao ressarcimento de seus danos individuais e se transforma em uma execução coletiva, em benefício da coletividade[15]. Como o valor da execução por *fluid recovery* não guarda necessariamente relação com os direitos individuais que formam o direito individual homogêneo, há um grande poder nas mãos do juiz para a fixação do valor exequendo. O tema é tratado com maior profundidade no item 16.4.2.

Mesmo sem expressa previsão legal, existe corrente doutrinária que inclui no ativismo judicial no processo coletivo a chamada *defining function*, presente nas *class actions* do direito norte-americano. Segundo essa corrente doutrinária, são cabíveis no processo coletivo medidas como o desmembramento do processo coletivo – um para os direitos essencialmente coletivos (difuso e coletivo) e outro para o direito acidentalmente coletivo (individual homogêneo) –, a certificação da ação como de natureza coletiva, a possibilidade de flexibilização procedimental para adaptá-lo de forma mais eficaz às necessidades do caso concreto e a suspensão dos processos individuais à espera do resultado do processo coletivo[16].

Tenho dificuldade de admitir tais poderes do juízo sem a expressa previsão legal, cabendo lembrar que tais poderes vinham consagrados no Projeto de Lei que pretendia modificar a Lei de Ação Civil Pública, e foi abordado no Congresso Nacional. O art. 7º, *caput*, da LAP prevê o procedimento ordinário (com o Código de Processo Civil de 2015, passa a ser procedimento comum), com modificações pouco substanciais previstas nos incisos do dispositivo. O art. 17, *caput*, da LIA também prevê o rito ordinário (com o Código de Processo Civil de 2015, passa a ser procedimento comum), ainda que corrente doutrinária entenda que há um procedimento especial em razão da fase de defesa prévia[17], o que, entretanto, nada tem a ver com ativismo judicial.

[15] Grinover, Código Brasileiro de Direito do Consumidor, p. 164; Didier Jr.-Zaneti Jr., Curso, p. 128.

[16] Grinover, Direito processual coletivo, p. 3.

De todos os poderes narrados que decorreriam do *defining function* o único atualmente reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça é a suspensão obrigatória dos processos individuais quando em trâmite processo coletivo, conforme analisado no Capítulo 9.4. Registre-se, apenas, que no julgamento não há qualquer menção ao *defining function* do juiz, sendo utilizado o princípio da economia processual como seu principal fundamento[18].

5.3.3. Processo coletivo e a implementação de políticas públicas

Outro aspecto significativo no tocante ao ativismo judicial diz respeito ao implemento de políticas públicas por meio de ações coletivas, que versa sobre o delicado tema da intervenção judicial na administração pública, em especial no campo da discricionariedade administrativa.

Durante muito tempo o controle judicial dos atos administrativos esteve limitado aos atos vinculados, por meio da análise do atendimento à exigência legal na conduta tomada pelo administrador público. Os atos discricionários, praticados pelo administrador como frutos de juízos de oportunidade e conveniência, não poderiam ser objeto de apreciação judicial, sob pena de indevida interferência do Poder Judiciário no Poder Legislativo, em nítida ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Essa realidade, entretanto, vem se modificando de forma substancial em tempos mais recentes, tanto sob o aspecto doutrinário como jurisprudencial, já se podendo considerar pacificado que a intervenção jurisdicional para exigir do Poder Público a implementação de políticas públicas expressamente garantidas no texto constitucional não viola o princípio da separação dos poderes[19].

Em primeiro lugar, é preciso observar que a discricionariedade administrativa pode e deve ser controlada pelo Poder Judiciário, ainda que em situações excepcionais, porque a discricionariedade não significa liberdade plena e irrestrita às escolhas do administrador público. O juízo de oportunidade e conveniência deve ser sempre realizado tomando-se por base a finalidade do ato administrativo e o melhor resultado possível da escolha realizada. Pode-se falar, nesse caso, de liberdade condicionada à finalidade do ato administrativo[20].

Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, há hipóteses de conduta amparadas em discricionariedade administrativa em que o grau de

[17] Scarpinella Bueno, O procedimento, pp. 172-173.

[18] Informativo 413, 2ª Seção, REsp 1.110.549-RS, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 28.10.2009 (Recurso Especial repetitivo tema 60).

[19] STF, 1ª Turma, ARE 894.085 AgR/SP, rel. Min. Roberto Barroso, j. 15/12/2015, DJe 17/02/2016; STF, 2ª Turma, RE 706.085 AgR/GO, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 27/10/2015; DJe 18/11/2015.

[20] Medauar, Direito, 6.5.3, p. 119; Carvalho Filho, Manual, p. 47.

liberdade pode afunilar-se, ou até mesmo desaparecer, de modo que o ato administrativo, que inicialmente demandaria um juízo discricionário, acaba por se tornar concretamente um ato ao qual a atuação do administrador estará vinculada. Nesse caso, não se pode antever qualquer ofensa ao princípio da separação dos poderes nem de indevida ingerência do Poder Judiciário na discricionariedade administrativa[21].

Ademais, existem situações em que não se deve reconhecer qualquer liberdade ao administrador público no exercício de suas funções, parecendo elementar que a implementação das políticas públicas que garantem o exercício de direitos fundamentais, que estejam expressamente previstos pela Constituição Federal, não depende da vontade do administrador público. Como já teve a oportunidade de afirmar o Supremo Tribunal Federal, havendo omissão por parte dos órgãos estatais competentes, em descumprimento de seus encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vindo a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional, será admissível a intervenção jurisdicional[22]. No mesmo sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça[23].

Registre-se, inclusive, que o Supremo Tribunal Federal não admite como defesa da Administração Pública a alegação da "reserva do possível", o que justificaria, diante da insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, proceder a verdadeiras "escolhas trágicas", o que levaria inevitavelmente a sacrifícios significativos de determinados valores e interesses. Segundo a Corte Constitucional, a cláusula da reserva do possível não pode ser utilizada para fraudar, frustrar ou inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição, considerando a garantia constitucional do mínimo existencial, derivado do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana[24]. No mesmo sentido, decisões do Superior Tribunal de Justiça[25].

Ainda segundo o Supremo Tribunal Federal, a noção de mínimo existencial compreende um complexo de prerrogativas adequadas à manutenção digna das pessoas, exigindo do Poder Público a prática de atos que viabilizem os direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da

[21] STJ, 1ª Turma, REsp 1.114.012/SC, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.11.2009, *DJe* 01.12.2009; STJ, REsp 813.408/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 02.06.2009, *DJe* 15.06.2009.

[22] STF, 2ª Turma, ARE 639.337 AgRg/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 23.08.2011, *DJe* 15.09.2011; STF, 2ª Turma, RE 559.646 AgRg/PR, rel. Min. Ellen Gracie, j. 07.06.2011, *DJe* 22.06.2011; STF, 2ª Turma, RE 367.432 AgRg/PR, rel. Min. Eros Grau, j. 20.04.2010, *DJe* 14.05.2010; STF, 1ª turma, AI 664.053 AgRg/RO, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 03.03.2009, *DJe* 27.03.2009.

[23] STJ, 1ª Turma, REsp 753.565/MS, rel. Min. Luiz Fux, j. 27.03.2007, *DJe* 28.05.2007; STJ, 1ª Seção, REsp 485.969/SP, rel. Min. José Delgado, j. 23.08.2006, *DJ* 11.09.2006 p. 220.

[24] STF, 2ª Turma, ARE 855.762 AgR/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 19/05/2015, DJe 01/06/2015; STF, 2ª Turma, ARE 745.745 AgR/MG, rel. Min. Celso de Mello, j. 02/12/2014, DJe 19/12/2014.

[25] STJ, 2ª Turma, REsp 1.068.731/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 17.02.2011, *DJe* 08.03.2012; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.136.549/RS, rel. Min. Humberto Martins, j. 08.06.2010, *DJe* 21.06.2010; STJ, 1ª Turma, REsp 811.608/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 15.05.2007, *DJ* 04.06.2007 p. 314.

criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança[26].

Apesar da ampla aceitação em nossos tribunais superiores, a implementação de políticas públicas que assegurem o mínimo existencial garantido pela Constituição Federal, é rotineiramente lembrado que essa atividade judicial deve ser excepcional. Em situações de flagrante ilegalidade – possíveis mesmo em um juízo discricionário –, é indiscutível não só a possibilidade de intervenção jurisdicional, mas em especial a necessidade de tal atuação. Maior cuidado deve ter o Poder Judiciário em uma zona cinzenta, na qual não fique tão caracterizada a ilegalidade e ao mesmo tempo não reste manifesto o atendimento da finalidade da atuação discricionária.

Nesse caso, mesmo que a intervenção ainda seja possível e recomendável, cabe ao Poder Judiciário se manifestar com maior cuidado, sob pena de efetivamente anular o exercício legítimo do poder discricionário recebido por todo administrador público. São situações nas quais caberá a aplicação da regra da proporcionalidade e da razoabilidade, aferindo-se no caso concreto, com extremo cuidado e ponderação, se a opção adotada pelo administrador era a mais razoável, levando-se em conta, proporcionalmente, os valores envolvidos em tal escolha[27].

Por fim, é preciso registrar a extrema dificuldade de se efetivar decisões judiciais que determinam a implementação de políticas públicas. Naturalmente, tratando-se de obrigação de fazer ou não fazer, serão aplicáveis todos os meios executivos indiretos e de sub-rogação, nos termos dos arts. 139, IV, e 536, § 1º, ambos do CPC[28]. Ao agente público recalcitrante também se poderá aplicar a multa prevista no art. 77, § 2º, do CPC em razão do nítido caráter atentatório à dignidade da jurisdição da conduta.

Essas medidas executivas e sancionatórias, entretanto, podem não se mostrar suficientes para a efetivação da decisão judicial. Nesse sentido, como ensina a melhor doutrina[29], será também interessante a adoção de outras medidas: (a) tipificar o ato como de improbidade administrativa (art. 11 da Lei 8.429/1992); (b) nomeação de um administrador público para a implementação da política pública; e (c) o controle – preventivo ou concomitante – do orçamento.

Diante de tal cenário, cresce um interesse no estudo dos chamados processos estruturais. Ainda que acertadamente a doutrina já tenha apontado que sua utilização não se restringe a processos coletivos que visem a implementação de políticas públicas[30], é inegável a sua adequação a tal espécie de demanda.

Conforme correto ensinamento doutrinário, os processos estruturais têm três características principais: (a) versam sobre um conflito de elevada com-

[26] STF, 2ª Turma, ARE 639.337 AgRg/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 23.08.2011, *DJe* 15.09.2011.

[27] Ferraresi, pp. 13-15.

[28] Nunes-Cotas-Farla, *Dos litígios*, pp. 379.

[29] Gajardoni, Direitos I, p. 44-45.

[30] Osna, *Nem tudo*, p. 362; Didier Jr.-Zaneti Jr.-Oliveira, *Notas*, pp. 344-345; Pinho-Côrtes, *As medidas*, p. 240.

plexidade, que envolve múltiplos polos de interesse, que ora são convergentes, ora são conflitantes; (b) voltam-se à implementação, por via judicial, de valores públicos reputados juridicamente relevantes cuja implementação espontânea não se realizou; (c) necessidade de reforma de uma instituição pública ou privada, de forma que nesse tipo de processo a tutela jurisdicional só terá sucesso se houver um alteração do comportamento institucional[31].

Ademais, como lembra a melhor doutrina, a solução pela decisão estrutural é sempre subsidiária, devendo ser adotada somente quando estritamente necessário, considerando-se sua complexidade, custo e seu caráter intrusivo[32].

Ainda que o processo estrutural possa ser considerado uma espécie de processo coletivo, suas singularidades exigem uma releitura de certos institutos processuais, mesmo quando considerado o microssistema coletivo.

Aponta-se a necessidade de flexibilização do princípio da congruência, permitindo-se ao juiz decidir fora dos limites impostos pelo pedido e pela causa de pedir sem que com isso sua decisão seja considerada *extra petita* ou *extra causa petendi*.

A verdade é que a adstrição ao objeto da demanda pode inviabilizar um processo estrutural, porque muitas vezes a situação fática no momento da prolação da decisão será diferente daquela existente no momento da elaboração do pedido, podendo, inclusive, ter sido modificada justamente em razão da implementação de alguma decisão concessiva de tutela provisória no processo[33].

Por outro lado, é tarefa ingrata ao autor a elaboração de uma petição inicial em processo estrutural, até porque, pela óbvia complexidade da situação fática atual e das medidas necessárias à sua transformação, muitas vezes a causa de pedir e o pedido são imprecisos, um verdadeiro esboço dos elementos objetivos da demanda[34].

Os limites da coisa julgada também não podem se limitar aos termos dos arts. 503 e 504 do CPC, devendo se admitir uma flexibilização sob pena de inviabilização do cumprimento de sentença, justamente em razão das complexidades fáticas que serão criadas a partir de cada etapa de tal implementação. Sugere-se nesse caso a adoção das "decisões em cascata"[35], da qual uma depende das consequências práticas da anterior, admitindo-se uma atividade cognitiva e executiva praticamente concomitante, sem a tradicional distinção temporal entre essas duas espécies de tutela.

É proferida uma primeira decisão mais genérica, de conteúdo principiológico, que apenas fixa diretrizes a serem cumpridas e linhas gerais de proteção

[31] Vitorelli, *Litígios*, p. 271; Nunes-Cotas-Faria, *Dos litígios*, pp. 366-368. Em sentido próximo, Arenhart, *Decisões*, p. 394.

[32] Arenhart, *Decisões*, p. 397.

[33] Didier Jr.-Zaneti Jr.-Oliveira, *Notas*, pp. 348.

[34] Picoli, *Processo*, p. 78; Nunes-Cotas-Faria, *Dos litígios*, pp. 366-368; Pinho-Côrtes, *As medidas*, p. 238; Arenhart, *Decisões*, p. 400.

[35] Arenhart, *Decisões*, p. 400.

ao direito ("decisão-núcleo"), que será seguida de uma ampla cadeia de decisões específicas para que os resultados sejam obtidos, adequando a tutela à realidade imposta pelo avanços e retrocessos que fatalmente ocorrerão durante a efetivação das medidas[36].

Por outro lado, o princípio do contraditório deve ser compreendido de forma ainda mais ampla, permitindo-se que a participação de toda a coletividade, por meio de representantes adequados, considerando-se serem eles os destinatários da política pública a ser implementada[37]. Mais do que nunca são essenciais as consultas, audiências públicas, a participação do amicus curiae, do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica e, a depender do caso, da Defensoria Pública como custus vulnerabilis.

Também a execução deve ser considerada sob nova ótica, deixando-se sua forma impositiva de ser, para uma forma dialética de efetivação das medidas, com ampla participação de todos os que serão afetados pela implementação da política pública[38].

Na visão da melhor doutrina, após a identificação do grupo e dos sub-grupos beneficiários por meio de métodos dialógicos, cabe ao juiz na execução a sua ampla consulta, com a participação da população destinatária do processo, que deverá colaborar por meio de propostas da solução preferida, com o seu consequente empoderamento, colocando-se a decisão final nas mãos do público e não do juiz[39].

A efetivação de uma decisão estrutural naturalmente exigirá um atento acompanhamento e fiscalização, o que nem sempre poderá ser feito de forma imediata pelo Poder Judiciário. Daí a relevância de ampla margem para a gestão da decisão, inclusive com a delegação da tarefa executiva e fiscalizadora para outros órgãos[40].

5.3.4. Dever do juiz na prática de atos processuais (prazos impróprios)

Por fim, ainda que não diga respeito propriamente aos poderes do juiz, acredito ser interessante mencionar a previsão constante no art. 7º, VI, da LAP, que cria peculiar consequência ao juiz no tocante à perda de prazo.

Para as partes, em regra, os prazos são próprios, significando que o desrespeito a eles acarreta uma consequência processual específica, qual seja, a preclusão temporal. No que se referem ao juiz, os prazos são em regra impróprios, pois, uma vez descumpridos, nenhum efeito processual se verificará, quando muito,

[36] Pinho-Côrtes, *As medidas*, p. 238.

[37] Arenhart, *Processo*, pp. 820-823.

[38] Didier Jr.-Zaneti Jr.-Oliveira, *Notas*, pp. 348-349: Osna, *Nem tudo*, p. 362.

[39] Vitorelli, *Litígios*, pp. 304-305.

[40] Arenhart, *Decisões*, p. 401.

disciplinar[41]. Não havendo consequência processual dessa omissão, não se pode falar em preclusão temporal para o juiz, pois, mesmo após transcorrido o prazo para a realização do ato, será totalmente lícita e válida a sua realização[42]. Como demonstra a melhor doutrina, é natural que assim o seja, porque a geração da preclusão temporal para o juiz acabaria por "premiar" aquele que, ao perder o prazo para a prática de determinado ato, não poderia mais praticá-lo[43].

Ainda assim, o Código de Processo Civil tem um dispositivo em que se prevê a possibilidade de o juiz ser afastado do processo em razão do excesso de prazo, em norma totalmente aplicável ao processo coletivo.

O juiz, atuando em primeiro grau ou no tribunal – quando passa a ser chamado de desembargador (tribunais de segundo grau) e de ministro (tribunais superiores) – tem o dever de cumprir os prazos previstos no art. 226, em regulamentos e nos regimentos internos, conforme previsto no art. 35, II, da LC 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura).

Qualquer parte pode alegar o excesso de prazo do magistrado, devendo-se nesse caso se acolher o conceito mais amplo de partes no processo, o que inclui autor, réu e os terceiros intervenientes, inclusive o assistente simples, que apesar de não ser parte na demanda é indiscutivelmente parte no processo.

Além das partes, o art. 235, *caput*, do CPC prevê a legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública, estando tal legitimidade condicionada aos processos de que participam. Não podem, nem mesmo o Ministério Público com a justificativa de ser o fiscal da ordem jurídica, representar juiz que exceda seu prazo em processo do qual não participe.

Apesar da omissão do art. 235, *caput*, do CPC nesse sentido, nos termos do art. 78 do Regimento Interno do CNJ, a representação por excesso de prazo poderá ser instaurada a pedido do presidente do tribunal, de ofício, pelos membros do CNJ, qualquer pessoa com interesse legítimo e o Ministério Público.

A representação pode ser feita ao corregedor do tribunal ou ao Conselho Nacional de Justiça, nos termos do art. 235, *caput*, do CPC. O § 1º do art. 235 do CPC não merece elogios, porque prevê que, ouvido previamente o juiz, não sendo caso de arquivamento liminar, será instaurado procedimento administrativo para a apuração da responsabilidade do magistrado. Ora, decisão liminar é justamente aquela proferida antes da manifestação do demandado, não sendo exatamente o que ocorre quando a representação é arquivada depois da oitiva do representado. De qualquer forma, como o dispositivo prevê a instauração do procedimento somente após essa decisão não ser pelo arquivamento, pareceu adequado ao legislador chamá-lo de liminar.

[41] Marques, *Instituições*, op. cit., p. 322; Dall'Agnol, *Comentários*, p. 389; Arruda Alvim, *Curso de direito processual civil*, op. cit., p. 454.

[42] Sampaio, *Os prazos*, p. 28.

[43] Dinamarco, *Instituições*, p. 550.

Não sendo caso de arquivamento liminar, o órgão competente instaurará o procedimento e intimará o representado para, querendo, apresentar justificativa em 15 dias. Tudo leva a crer que essa manifestação do representado será cópia idêntica daquela já apresentada antes da instauração do procedimento, invariavelmente se baseando no excesso de trabalho e estrutura deficitária. A intimação, que está prevista como eletrônica, naturalmente só pode ser realizada por esse meio se a corregedoria do tribunal estiver aparelhada para tanto, sendo possível a intimação por outros meios quando isso não ocorrer. O prazo de 15 dias nesse caso é próprio, porque o juiz é parte na representação, não se tratando, portanto, de prazo processual.

Segundo o § 2º do art. 235 do CPC, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis, em até 48 horas após a apresentação da justificativa ou do decurso do prazo sem manifestação do representado, pode o corregedor do tribunal ou o relator da representação no Conselho Nacional de Justiça determinar a intimação do representado por meio eletrônico – quando possível – para que pratique o ato em 10 dias.

Essa derradeira chance ao magistrado não exclui necessariamente a aplicação de sanção administrativa, mas sendo praticado o ato e comunicada a corregedoria ou o Conselho Nacional de Justiça, evita-se a consequência prevista no art. 235, § 3º, do CPC: a remessa dos autos ao substituto legal do juiz ou do relator relapso. Essa consequência deve ser reservada para situações excepcionais, porque, além de excepcionar de alguma forma o princípio do juiz natural, premia o juiz relapso que assim transfere seu trabalho para seu substituto legal.

Segundo o art. 226, III, do CPC, o juiz tem o prazo – impróprio – de proferir as sentenças em 30 dias. No processo coletivo também será impróprio o prazo para a prolação de decisões, de modo que a sentença proferida após o prazo legal será plenamente válida. No entanto, nesse caso há interessante previsão no art. 7º, VI e parágrafo único, da LAP. Segundo esse dispositivo, o juiz, quando não preferir a sentença em audiência de instrução, terá um prazo de 15 dias para prolatá-la em cartório. Entendo que a norma prevista para a ação popular aplica-se a todas as espécies de ação coletiva (microssistema coletivo), prevalecendo sobre a norma prevista no Código de Processo Civil.

A consequência do descumprimento desse prazo chama a atenção. Segundo o parágrafo único do dispositivo mencionado, a prolação da sentença além do prazo estabelecido privará o juiz da inclusão em lista de merecimento para promoção, durante dois anos, e acarretará a perda, para efeito de promoção por antiguidade, de tantos dias quantos forem os do retardamento, salvo motivo justo, declinado nos autos e comprovado perante o órgão disciplinar competente. Ainda que haja a possibilidade concreta de o juiz escapar da sanção em razão de excesso de trabalho e estrutura deficitária – dois problemas reais e sérios do Poder Judiciário –, não deixa de ser interessante a previsão legal, que por conta do microssistema coletivo pode ser aplicada em qualquer espécie de ação coletiva.

5.4. CONTRADITÓRIO

Segundo o art. 5º, LV, da CF, "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Não existe qualquer dúvida de que o mencionado "processo judicial" no texto constitucional abrange tanto o processo individual como o coletivo. Trata-se, portanto, de princípio pertencente à teoria geral do processo, sendo exigido em qualquer espécie de processo, inclusive o administrativo.

Como outros princípios analisados no presente Capítulo, o princípio do contraditório tem uma aplicação diferenciada no processo coletivo em razão das características desse processo, quais sejam, a relevância subjetiva em termos de interessados na solução da demanda e a ausência desses sujeitos do processo, no qual haverá um substituto processual na defesa do direito difuso, coletivo, ou individual homogêneo.

Atualmente, não satisfaz mais o conceito tradicional de contraditório amparado nos elementos informação e possibilidade de reação. Constatou-se que de nada adianta informar as partes de tudo o que ocorre no processo, sempre se permitindo sua reação, se esta não for efetivamente considerada pelo juiz na formação de seu convencimento[44]. A ineficácia da reação sacrifica o princípio ora analisado e o torna um verdadeiro "faz de conta". Por isso, atualmente é agregado aos dois elementos tradicionais um terceiro, chamado de poder de influência, de modo que o contraditório só esteja efetivamente preservado quando haja informação, possibilidade de reação e que esta seja apta a influenciar a formação do convencimento do juiz.

Justamente em razão da natureza dos direitos materiais discutidos no processo coletivo, pode-se imaginar que esse terceiro elemento do contraditório seja ainda mais indispensável. Não que o juiz deva se importar mais com as alegações de um autor de ação coletiva do que com as alegações das partes no processo individual. Se for para levar a sério o princípio do contraditório, qualquer reação, independentemente da natureza do direito ou do processo, deve ser apta a influenciar a formação do convencimento do juiz. No processo coletivo, entretanto, o estrago de uma ineficácia da reação do autor coletivo será bem mais amplo em termos subjetivos – objetivamente o prejuízo é sempre o mesmo –, o que pode justificar um maior cuidado do juiz com as manifestações do autor coletivo na formação de seu convencimento.

Tanto no processo individual como no processo coletivo o contraditório deve se prestar como instrumento que evita surpresa às partes. Partindo-se da premissa de que durante todo o desenrolar procedimental as partes serão informadas dos atos processuais, podendo reagir para a defesa de seus direitos, parece

[44] Greco, Instituições, pp. 539 e 541.

lógica a conclusão de que a observância do contraditório é capaz de evitar a prolação de qualquer decisão que possa surpreendê-las. Em matérias que o juiz só possa conhecer mediante a alegação das partes, realmente parece não haver possibilidade de a decisão surpreender as partes.

Os problemas verificam-se no tocante às matérias de ordem pública, na aplicação de fundamentação jurídica alheia ao debate desenvolvido no processo até o momento da prolação da decisão, e aos fatos secundários levados ao processo pelo próprio juiz. São matérias e temas que o juiz pode conhecer de ofício, havendo, entretanto, indevida ofensa ao contraditório sempre que o tratamento de tais matérias surpreender as partes. Ainda que a matéria de ordem pública e a aplicação do princípio do *iura novit curia* permitam uma atuação do juiz independentemente da provocação da parte, é inegável que o juiz, nesses casos – se se decidir sem dar oportunidade de manifestação prévia às partes –, as surpreenderá com sua decisão, o que naturalmente ofende o princípio do contraditório[45].

Infelizmente, os membros do Poder Judiciário, em sua esmagadora maioria, não percebiam a diferença basilar entre decidir de ofício e decidir sem a oitiva das partes[46]. Determinadas matérias e questões devem ser conhecidas de ofício, significando que, independentemente de serem levadas ao conhecimento do juiz pelas partes, elas devem ser conhecidas, enfrentadas e decididas no processo. Mas o que isso tem a ver com a ausência de oitiva das partes? Continua a ser providência de ofício o juiz levar a matéria ao processo, ouvir as partes e decidir a respeito dela. Como a surpresa das partes deve ser evitada em homenagem ao princípio do contraditório, parece que mesmo nas matérias e questões que deva conhecer de ofício o juiz deve intimar as partes para manifestação prévia antes de proferir sua decisão, conforme inclusive consagrado na legislação francesa e portuguesa.

O entendimento resta consagrado pelo art. 10 do CPC e em outros dispositivos legais. Segundo o dispositivo mencionado, nenhum juiz, em qualquer órgão jurisdicional, poderá julgar com base em fundamento que não tenha sido objeto de discussão prévia entre as partes, ainda que as matérias devam ser conhecidas de ofício pelo juiz.

O dispositivo é claro, mas não terá vida fácil nas mãos da magistratura nacional. Em especial porque ele contraria uma premissa não reconhecida pelos juízes de que quando eles decidem de ofício estão sempre certos, e por isso não precisam ouvir previamente as partes, que em nada contribuirão na formação de um convencimento já formado.

Essa premissa, devidamente superada pelo art. 10 do CPC, é a ratio do Enunciado 03 da ENFAM: "É desnecessário ouvir as partes quando a manifestação

[45] Neves, *Contraditório*, pp. 89-107; Câmara, *Lições*, v. 1, pp. 53-54; Oliveira, *Princípio*, pp. 141-147.
[46] Didier Jr., *Curso*, v. 1, pp. 48-50.

não puder influenciar na solução da causa". Chamo tal enunciado de "enunciado bola de cristal", já que o juiz teria uma capacidade sensorial de saber de antemão o que as partes podem alegar, já antevendo a inutilidade de tal manifestação antes mesmo dela se materializar no mundo real. É como dizer que o juiz não precisa ouvir as partes porque já formou o seu convencimento, desprezando o fato de que tal convencimento deve ser construído de forma colaborativa com as partes.

E o pior é continuar a partir da premissa de que o juiz não pode se enganar, que nada que a parte alegue poderá fazê-lo mudar de ideia, criando um pequeno ditador no processo, em nítido desrespeito aos princípios do contraditório, consagrado no art. 10 do CPC, e da cooperação, previsto no art. 6º do CPC.

E ainda mais curioso – ou triste – é o Enunciado 04 da ENFAM, ao afirmar que na declaração de incompetência absoluta não se aplica o disposto no art. 10, parte final, do CPC. É curioso porque escolhe, aparentemente ao acaso, um vício que gera nulidade absoluta para prescrever que ao seu reconhecimento não é imposto o respeito ao princípio do contraditório. Porque justamente esse vício é um mistério. Mas é óbvio que o entendimento consagrado no criticável enunciado tem como razão específica a razão geral exposta no Enunciado 03 da mesma ENFAM: se o juiz já formou seu convencimento, porque teria que ouvir as partes antes de decidir? A resposta, ignorada por referidos enunciados é óbvia: para respeitar o princípio constitucional do contraditório.

Justamente em razão da novidade legislativa deve ser criticado o Enunciado 01 da ENFAM, no sentido de que o termo "fundamento", previsto no art. 10 do CPC, é "o substrato fático que orienta o pedido, e não o enquadramento jurídico atribuído pelas partes". Significa dizer que o juiz estaria liberado a decidir conforme o fundamento jurídico mais apropriado ao caso concreto, sem necessariamente permitir que as partes se manifestem previamente sobre ele. Se o autor qualificou os fatos narrados na petição inicial como erro apto a gerar a rescisão do contrato, o juiz poderá na sentença julgar o pedido procedente com fundamento em dolo, mesmo que em nenhum momento as partes tenham se manifestado sobre tal vício do consentimento durante o processo.

Não é preciso muito esforço para se notar a impropriedade do Enunciado 01 da ENFAM, que na realidade, ao menos no tocante à fundamentação jurídica, pretende pura e simplesmente revogar o art. 10 do CPC. Parece também ser nesse sentido o Enunciado 05: "Não viola o art. 10 do CPC/2015 a decisão com base em elementos de fato documentados nos autos sob o contraditório" e o Enunciado 06: "Não constitui julgamento surpresa o lastreado em fundamentos jurídicos, ainda que diversos dos apresentados pelas partes, desde que embasados em provas submetidas ao contraditório". Haja esforço na tentativa de revogar um dispositivo legal que, entretanto, continua em plena vigência.

É claro que tais enunciados da ENFAM, que basicamente revogam os arts. 9º e 10 do CPC, podem não ser aplicados pelos juízes no caso concreto, afinal, a esperança é a última que morre. E caso os apliquem no caso concreto estarão contribuindo para um sem número de recursos, inclusive o recurso especial por

clara violação de normas federais. Um desserviço, portanto, tanto acadêmico como prático.

Registre-se, por fim, que no processo coletivo também se aplica o *contraditório diferido (ou postecipado)*, previsto no parágrafo único do art. 9º do CPC, por meio do qual se inverte a ordem tradicional da estrutura básica do contraditório: em vez de (i) pedido; (ii) informação da parte contrária; (iii) reação possível; (iv) decisão, tem-se (i) pedido; (ii) decisão; (iii) informação; (iv) reação. Essa espécie de contraditório é aplicada na tutela de urgência do processo coletivo, tema analisado no Capítulo 17.

5.5. ECONOMIA PROCESSUAL

O princípio da economia processual deve ser analisado sob duas diferentes óticas. A economia processual macroscópica leva em conta o sistema como um todo, ou seja, o conjunto de processos. Desse ponto de vista sistêmico, observando-se o sistema como um todo, haverá economia processual sempre que, por meio de menos atividade jurisdicional, se atingir mais ou ao menos os mesmos resultados. Com menos atividade exercida, os órgãos jurisdicionais poderiam produzir mais, melhor e mais rápido, e com isso todo o sistema seria favorecido. A economia processual microscópica, por sua vez, toma em conta o processo individualmente considerado, preocupando-se em diminuir os seus custos, ou seja, torná-lo mais barato.

Apesar de o processo coletivo poder se beneficiar de institutos pontuais referentes à economia processual microscópica, em especial a duração razoável do processo (quanto mais célere o processo, mais barato custará), e a gratuidade analisada no Capítulo 19, é indiscutível que sua principal atuação se dá no tocante à economia processual macroscópica.

Exercer menos atividade e produzir os mesmos ou mais resultados pode ser verificado no caso concreto de duas formas, havendo, assim, duas diferentes maneiras de se obter a economia processual macroscópica.

Alguns institutos processuais evitam a existência de processos, gerando assim uma diminuição daqueles em trâmite. Permitem, na realidade, que apenas um processo gere o resultado que poderia ser produzido por múltiplos processos. O litisconsórcio, que permite a pluralidade de partes litigando em conjunto em um mesmo polo da relação jurídica processual, atua nesse sentido, bem como as intervenções de terceiro, ao admitirem o ingresso de um terceiro no processo já em trâmite; a reconvenção, que permite um contra-ataque do réu no próprio processo em que é atacado pelo autor e a ação declaratória incidental, que pode ser proposta por autor ou réu com o objetivo de aumentar os limites objetivos da coisa julgada.

São institutos processuais importantes, presentes na praxe forense e que são corretamente associados pela melhor doutrina à economia processual ma-

croscópica. Nada desprezíveis, portanto. Entretanto, deve-se reconhecer que têm relevância limitada na dura missão de obstar a multiplicidade de processos. A reconvenção e a ação declaratória incidental evitam, no máximo, um novo processo; as intervenções de terceiro em regra também evitam um novo processo, sendo raras as situações em que evitam dois ou mais; e o litisconsórcio, com a limitação imposta pelo litisconsórcio multitudinário (art. 113, § 1º, do CPC), também não consegue se afastar do tratamento do tema no "varejo".

Nesse sentido, é preciso destacar a relevância da tutela coletiva quanto à missão de se evitar a multiplicidade de processos. Um processo coletivo tem o potencial de beneficiar centenas, milhares, milhões de pessoas, e quanto mais amplo o benefício em termos de sujeitos afetados positivamente pela decisão coletiva, maior a impressão de que o processo coletivo atenderá o princípio da economia processual macroscópica ao evitar inúmeros processos individuais. Essa é, inclusive, uma das promessas da tutela coletiva (a outra é a harmonização de julgados, com a consequente segurança jurídica)[47]. Pelo processo coletivo, portanto, trabalha-se o princípio ora analisado no "atacado", pretensamente evitando-se a existência de número considerável de processos individuais.

Não tenho dúvidas de que realmente o potencial do processo coletivo em evitar processos individuais deve ser ressaltado e elogiado, mas é preciso lembrar que o mero trâmite de um processo coletivo não impede a propositura do processo individual. Na realidade, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no art. 5º, XXXV da CF não permite que se afaste o direito de ação individual, ainda que haja em trâmite ação coletiva que possa beneficiar o sujeito e tornar sua ação individual desnecessária.

Naturalmente, uma cultura de tutela coletiva mais consolidada, aliada a um modo efetivo de informação aos indivíduos da existência da ação coletiva, faz com que a maioria dos processos individuais não seja proposta, mas essa não é a realidade atualmente no Brasil. Significa que uma minoria prefere esperar o resultado do processo coletivo sem o ingresso do processo individual, de forma que a promessa da tutela coletiva de diminuir o número de processos ainda está longe de atingir sua plenitude. Percebo, ainda que não tenha dados estatísticos para confirmar a impressão, que os resultados do processo coletivo acabam por beneficiar os indivíduos que até então não tinham considerado seriamente ingressar com ação individual. Sem dúvida, estes não ingressarão com processo individual, o que já deve ser comemorado em termos de economia macroscópica. Dificilmente, entretanto, evitar-se-á a propositura de processo individual em razão da existência de processo coletivo em trâmite.

Entretanto, ainda assim, é possível que o processo coletivo atue em prol do princípio da economia processual macroscópica. Por vezes é impossível evitar a existência do processo, mas é possível adotar técnicas procedimentais para

[47] STJ, 5ª Turma, REsp 1.142.630/PR, rel. Min. Laurita Vaz, j. 07.12.2010, *DJe* 01.02.2011; STJ, 3ª Seção, CC 96.682/RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 10.02.2010, *DJe* 23.03.2010.

obstar a repetição da prática de atos processuais, o que certamente atende ao princípio ora analisado, inclusive em seus dois aspectos: (a) a economia processual macroscópica é obtida porque com um aproveitamento mais amplo dos atos processuais se diminuem as atividades jurisdicionais e mantêm-se – ao menos – os resultados; (b) a economia processual microscópica também é prestigiada porque, ao impedir a repetição da prática de atos processuais, o processo será mais célere e, por consequência, mais barato.

Institutos como a conexão e continência, que permitem a reunião de processos similares em um mesmo juízo para o julgamento em conjunto, não conseguem evitar a existência dos processos, mas a mencionada reunião, além de harmonizar os julgados, impede a desnecessária repetição de atos processuais, inclusive quando os processos são coletivos[48]. O mesmo se pode dizer da prova emprestada, prevista no art. 372 do CPC, que exime as partes e o juiz da instrução probatória. Também coloco nesse rol o julgamento por amostragem do recurso extraordinário e do recurso especial, previstos nos arts. 1.036 a 1.041 do CPC, ao evitar múltiplos pronunciamentos dos tribunais superiores sobre recursos que versam sobre a mesma controvérsia jurídica, e o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), previsto nos arts. 976 a 987 do CPC.

E mais uma vez tem posição de destaque o processo coletivo, justamente em razão de sua eficácia subjetiva ampla. Se não é possível proibir a existência de processos individuais em virtude da existência do processo coletivo, é possível evitar a prática de atos inúteis nesses processos individuais, ainda mais se a decisão coletiva for benéfica aos indivíduos. Apesar da regra do *right to opt out* prevista no art. 104 do CDC, o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de decidir pela suspensão obrigatória dos processos individuais quando em trâmite processo coletivo, com fundamento justamente no princípio da economia processual[49]. O tema é desenvolvido no item 9.4.

Conforme se pode verificar, é de extrema relevância a tutela coletiva no atendimento ao princípio da economia processual macroscópica, em especial em razão de sua eficácia subjetiva mais ampla do que qualquer outro instituto processual que atende a tal princípio. Seja evitando o processo individual ou a sua continuidade, haverá nitidamente menos atividade jurisdicional gerando o máximo de resultados em termos de tutela de direitos materiais.

5.6. INTERESSE NO JULGAMENTO DE MÉRITO

5.6.1. Princípio de teoria geral do processo

O processo (ou fase) de conhecimento foi projetado pelo legislador para resultar em um julgamento de mérito. Por essa razão, essa espécie de julgamento

[48] STJ, 1ª Seção, CC 115.532/MA, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 14.03.2011, *DJe* 09.05.2011.

[49] Informativo 413, 2ª Seção, REsp 1.110.549-RS, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 28.10.2009 (Recurso Especial repetitivo tema 60).

é considerada o fim normal dessa espécie de processo ou fase procedimental. Naturalmente nem sempre isso é possível no caso concreto, devendo o sistema conviver com o fim anômalo do processo ou fase de conhecimento, que se dá por meio da sentença terminativa (art. 485 do CPC).

Uma vez que o objetivo do legislador ao criar o processo ou fase de conhecimento foi um julgamento de mérito, naturalmente esse final é preferível à anômala extinção sem tal julgamento, motivada por vícios formais. Somente essa distinção entre fim normal e atípico já seria suficiente para demonstrar que há um natural interesse no julgamento do mérito no processo ou fase de conhecimento, considerando-se ser sempre preferível o normal ao anômalo. A solução definitiva da crise jurídica, derivada da coisa julgada material, que dependerá de uma decisão de mérito transitada em julgado, é outra evidente vantagem quando comparada o fim normal com a sentença terminativa. Essa espécie de sentença prevista no art. 485 do CPC não só deixa de resolver a crise jurídica como permite, ainda que com as limitações consagradas no art. 486, § 1º, do CPC, a repropositura da ação, o que certamente não atende ao princípio da economia processual.

Pelas óbvias razões apresentadas, cabe ao juiz fazer o possível para evitar a necessidade de prolatar uma sentença terminativa no caso concreto, buscando com todo o esforço chegar a um julgamento do mérito. Essa é uma realidade incontestável, e bem representada pelo art. 282, § 2º, do CPC, ao prever que o juiz, sempre que puder decidir no mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, deve ignorar o vício formal e proferir decisão de mérito. É a prevalência do julgamento de mérito aliada ao princípio da instrumentalidade das formas.

O art. 6º do CPC, ao prever que todos devem cooperar para que se obtenha decisão de mérito, consagra de forma expressa o princípio da primazia no julgamento do mérito[50], que antes de tal previsão era um princípio não escrito.

A concretização do princípio é encontrada em diversas passagens do Código de Processo Civil, que dá especial ênfase à oportunidade concedida às partes para o saneamento de vícios que impeçam o julgamento do mérito (arts. 139, IX, 317 e 319, §§ 1º, 2º, 3º, do CPC), inclusive no ambiente recursal (arts. 932, parágrafo único; art. 1.007, §§ 2º e 4º, do CPC), quando o vício formal pode inclusive ser desprezado se não for reputado grave (art. 1.029, § 3º, do CPC).

Também derivada do princípio ora analisado é a previsão do art. 485, § 7º, do CPC, que atribui a todo recurso de apelação contra sentença terminativa o efeito regressivo. Ou seja, diante da apelação, o juiz terá a oportunidade de anular sua sentença terminativa e dar prosseguimento ao processo para o julgamento do mérito.

A preferência ora apresentada claramente não é exclusiva da tutela coletiva, verificando-se com a mesma intensidade na tutela individual, tanto assim que as

[50] Didier Jr., *Comentários*, p. 12.

normas mencionadas, que fundamentam a primazia no julgamento do mérito, estão previstas no Código de Processo Civil. Ainda que se possa alegar que no processo coletivo a natureza do direito tutelado e a ausência do titular do direito no polo ativo sejam fatores que levem o juiz a se preocupar ainda mais a proferir uma decisão de mérito[51], prefiro acreditar que o que está em jogo é a qualidade da prestação jurisdicional, que deve independer da natureza do direito material discutido no processo ou da espécie de legitimidade. De qualquer forma, ainda que se admita um maior esforço do juiz no processo coletivo, a preferência pelo julgamento de mérito é indiscutivelmente um princípio de teoria geral do processo, aplicável, portanto, tanto à tutela coletiva como à tutela individual.

5.6.2. Especificamente o processo coletivo

5.6.2.1. Introdução

Ainda que seja indiscutível a conclusão de ser o princípio ora analisado pertencente à teoria geral do processo, algumas sugestões doutrinárias e soluções jurisprudenciais de aplicação do princípio dizem respeito especificamente ao processo coletivo.

5.6.2.2. Sucessão na hipótese de ilegitimidade ativa

A ilegitimidade é causa de extinção do processo por carência de ação, nos termos do art. 485, VI, do CPC. Excepcionalmente, admite-se a correção da ilegitimidade passiva nos termos dos arts. 338 e 339 do CPC, admitindo-se que haja sucessão processual no polo passivo caso o réu alegue como preliminar de contestação a ilegitimidade e o autor aceite a substituição dele por um terceiro. Quanto à correção da ilegitimidade ativa, não há qualquer previsão, mesmo excepcional, de saneamento do vício.

Conforme devidamente analisado no Capítulo 8, existem certas polêmicas a respeito da legitimidade ativa de alguns sujeitos, como a definição da pertinência temática das associações, a atuação do Ministério Público na defesa dos interesses individuais homogêneos disponíveis e a amplitude da legitimação da Defensoria Pública. É plenamente possível que a maneira de solucionar essas e outras polêmicas referentes ao tema leve o juízo a considerar a ilegitimidade ativa do sujeito que propõe a ação coletiva.

A sugestão doutrinária é permitir, nesse caso, que haja uma sucessão processual no polo ativo, de modo que um genuíno legitimado ativo assuma a condução da demanda e com isso seja evitada a extinção terminativa do processo[52]. Apesar da ausência de qualquer regra expressa nesse sentido no microssistema coletivo,

[51] Assagra, Direito, p. 571.

[52] Didier Jr.-Zaneti Jr., Curso, p. 120; Gajardoni, Direitos I, p. 37.

o princípio ora analisado permitiria a aplicação subsidiária da regra consagrada no art. 5º, § 3º, da LACP e art. 9º da LAP, que buscam evitar a extinção terminativa do processo em razão da desistência ou abandono. Diante da constatação da ilegitimidade ativa, o juiz publicaria edital convocando eventuais legitimados interessados em assumir o processo sucedendo a parte ilegítima.

Registre-se que a tese já foi acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça, que permitiu a sucessão processual no polo ativo de ação civil pública aplicando por analogia a regra consagrada nos arts. 9º da LAP e art. 5º, § 3º, da LACP[53]. Há, inclusive, precedente no sentido de sendo considerado o Ministério Público Federal parte ilegítima por não haver interesse federal na demanda, deve o juiz intimar o Ministério Público Estadual, para, querendo, assumir o polo ativo da demanda[54].

Além de consagrar expressamente o princípio ora analisado, o julgamento teve a sensibilidade de notar que com a multifacetária legitimidade ativa coletiva uma extinção terminativa poderia simplesmente postergar a análise do mérito para outro processo coletivo, proposto por outro legitimado.

Ressalte-se que o Superior Tribunal de Justiça não admite a sucessão no polo passivo quando ocorrer a dissolução da associação que ajuizou a ação civil pública[55]. No entendimento do tribunal, mesmo que outra associação atenda ao requisito da pertinência temática é inviável a alteração de sujeitos no polo ativo porque diante do lamentável entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal de que as associações atuam na defesa dos interesses individuais homogêneos de seus associados como representantes processuais, e não como substitutos processuais, não haveria como os associados de uma associação dissolvida terem autorizado outra associação para a propositura da ação.

O aspecto positivo do julgamento foi ter reconhecido, ainda que *obter dicta*, que a possibilidade de sucessão processual no polo ativo nas ações coletivas não se restringe às hipóteses de desistência infundada ou de abandono da causa, mencionadas a título exemplificativo pelo legislador (*numerus apertus*). O tema é devidamente enfrentado no item 5.7.

5.6.2.3. Fungibilidade

Não me preocupo demasiadamente com nomes de ação, firme no entendimento de que o nome não altera sua natureza. Ainda assim, e por questões meramente pedagógicas, entendo que o termo "processo coletivo" deva ser utilizado como gênero do qual são espécies a ação popular, a ação civil pública,

[53] STJ, 3ª Turma, REsp 1.677.907/RJ, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 11/12/2018, DJe 19/12/2018.STJ, 2ª Turma, REsp 1.177.453/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 24.08.2010, *DJe* 30.09.2010.

[54] STJ, 2ª Turma, REsp 1.412.480/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 02/10/2018, DJe 23/11/2018.

[55] Informativo 570/STJ, 3ª Turma, REsp 1.405.697-MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 17/9/2015, DJe 8/10/2015.

o mandado de segurança coletivo, a ação de improbidade administrativa e o mandado de injunção coletivo. Há também as ações de controle concentrado de constitucionalidade, que compõem o processo coletivo especial. O tema já foi abordado no Capítulo 3.

A correção do nome da ação atribuída equivocadamente pelo autor é mera irregularidade sem qualquer repercussão prática, podendo ocorrer inclusive de ofício pelo juiz. Assim, se um cidadão ingressa com ação coletiva na defesa do patrimônio público com o nome de ação civil pública, bastará ao juiz esclarecer ao receber a petição inicial que a ação na realidade é popular, e seguirá nos termos da Lei 4.717/1965. Igualmente, se uma associação ingressa com ação no mesmo sentido e a chama de ação de improbidade administrativa, cabe o esclarecimento de que a ação na realidade é uma ação civil pública, seguindo nos termos da Lei 7.347/1985.

Como se pode notar, o equívoco do nome da ação é erro de pequena monta e de nenhuma importância prática. Um pouco diferente é a possibilidade de receber uma espécie de ação por outra, em aplicação do princípio da fungibilidade. Não vejo como impedir essa fungibilidade entre as distintas espécies de ação coletiva, sempre com o objetivo de evitar uma extinção anômala do processo por meio da prolação de sentença terminativa. Não seria fenômeno inédito em nosso sistema processual, considerando a fungibilidade entre as diferentes espécies de ação possessória, ainda que nesse caso exista previsão legal expressa (art. 554 do CPC).

Como ocorre em toda aplicação do princípio da fungibilidade, é necessário oportunizar às partes – no caso ao autor – a realização das devidas adequações. É natural que, sendo recebida uma ação em vez da outra, e havendo diferenças procedimentais entre elas, seja indispensável a adequação formal de uma à outra. Assim, por exemplo, se o juiz receber um mandado de segurança como ação civil pública, serão necessárias adequações concernentes à formação do polo passivo e provavelmente da competência, além da formulação de pedido de produção de provas na petição inicial.

Interessante campo de aplicação do princípio ora analisado é a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa, que podem ser tutelados por três diferentes espécies de ação coletiva: (a) ação de improbidade administrativa; (b) ação popular; e (c) ação civil pública. O que se deve considerar no caso concreto são as especialidades procedimentais de cada uma dessas ações, que poderão tornar inviável a pretensão do autor da forma exposta na petição inicial, o que demandaria a iniciativa do juiz na aplicação da fungibilidade para permitir as devidas adaptações e como consequência evitar a extinção anômala do processo por meio de prolação de sentença terminativa.

Portanto, por exemplo, não poderia uma associação ingressar com uma ação de improbidade administrativa com pedido de aplicação das penas do art. 12 da Lei 8.429/1992 porque essa espécie de ação coletiva tem uma limitação quanto aos legitimados ativos consagrada no art. 17, *caput*, da LIA. Em vez de extinguir o processo, caberá ao juiz receber a ação como uma ação civil públi-

ca, excluindo de antemão do pedido do autor as penas que somente podem ser aplicadas em uma ação de improbidade administrativa. Aplica-se o princípio da fungibilidade recebendo a ação coletiva como ação civil pública e determina-se a devida adequação, que no caso será a diminuição objetiva do processo.

De modo semelhante se dá na ação de improbidade administrativa oferecida por cidadão. Nesse caso, o juiz deve receber a ação coletiva como ação popular, excluir do pedido as penas que só podem ser aplicadas em ação de improbidade administrativa e ainda exigir do autor a formação do litisconsórcio passivo necessário, existente na ação popular, mas ausente na ação de improbidade administrativa.

Caso pareça muito arrojada a proposta de aplicação de fungibilidade entre as ações coletivas, cumpre lembrar uma solução alternativa. O art. 295, V, do CPC/1973 apontava como causa de indeferimento da petição inicial situação na qual, em razão da natureza da causa ou de seu valor, o procedimento escolhido pelo autor não fosse o adequado. Embora se tratasse de causa de indeferimento, o próprio artigo legal dispunha que o indeferimento somente ocorreria quando não fosse possível a adaptação ao procedimento adequado. Dessa forma, sempre que fosse possível, a correção do procedimento deveria ser aberta tal oportunidade ao autor, que por meio de emenda à petição inicial teria a oportunidade de sanear o vício apresentado.

O Código de Processo Civil de 2015 compreendeu que em todas as hipóteses o procedimento pode ser adaptado, não fazendo sentido manter esse vício como causa de indeferimento da petição inicial. A supressão coloca o erro de procedimento onde sempre deveria ter estado: entre as causas de emenda da petição inicial.

Questão interessante é a possível ampliação da conversibilidade de procedimentos para atingir também processos. A conversão, portanto, não se limitaria, por exemplo, à possibilidade de modificação de um processo de conhecimento de rito especial para o rito comum, mas sim à conversão de um processo de execução num processo de conhecimento, quando o juiz entende que não existe um título executivo. O juiz não pode modificar o processo de ofício, obrigando o autor a demandar em processo não escolhido por ele, mas não há nenhum inconveniente prático ou jurídico a impedir que o juiz determine ao autor a emenda da petição inicial para que providencie a adequação do processo às exigências do caso concreto.[56]

No Superior Tribunal de Justiça, após um momento de resistência à possibilidade de conversão de processos[57], o entendimento vem sendo pela sua admissibilidade, desde que a conversão ocorra antes da citação do demandado, a partir de quando a relação jurídica processual estará completa e a conversão

[56] Talamini, *Tutela*, p. 89; Didier Jr., *Curso*, p. 382. Contra: Calmon de Passos, *Comentários*, n. 35.6, p. 263; Theodoro Jr., *Curso*, n. 356, p. 402; Greco Filho, *Direito*, n. 115, p. 117.

[57] STJ, 3.ª Turma, AgRg no REsp 826.208/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 25.09.2007.

passará a ser inadmissível. Há, por exemplo, entendimento pacificado nesse sentido quanto à conversão do processo de execução em ação monitória[58].

Entendendo-se que os diferentes nomes de ação existentes no microssistema coletivo nada mais representam que procedimentos diferenciados para a tutela do direito coletivo *lato sensu*, será possível concluir que o juiz, se não pretender aplicar o princípio da fungibilidade para evitar a extinção terminativa do processo, estará obrigado a intimar o autor para que faça as devidas adequações procedimentais, com as quais a ação prosseguirá seu curso normal. E a mesma solução deve ser dada se se entender que se tratam de diferentes processos. Afinal, a emenda da petição inicial é, segundo o Superior Tribunal de Justiça, um direito do autor[59].

5.6.2.4. Cumulação de pedidos na ação de improbidade administrativa

Na ação de improbidade administrativa admite-se a cumulação de diferentes pretensões previstas no art. 12 da LIA. Apesar de tal dispositivo tratar de todos os pedidos lá previstos como pena, o pedido de reparação de danos e o de restituição de bens ou valores tem natureza reparatória, sendo de natureza sancionatória somente os demais pedidos previstos no dispositivo ora analisado.

É possível, portanto, imaginar a cumulação de dois grupos de pedidos: os de natureza reparatória e os de natureza punitiva. Conforme já afirmei em obra específica sobre o tema, também é possível – e por vezes, indispensável – a elaboração do pedido de anulação do ato administrativo impugnado[60]. De qualquer forma, para a exposição que se pretende fazer à luz do princípio do interesse no julgamento do mérito, interessa a divisão sugerida entre pedidos de natureza reparatória e de natureza sancionatória.

O Superior Tribunal de Justiça tinha entendimento consolidado no sentido de que eventual prescrição das sanções decorrentes dos atos de improbidade administrativa não obstava o prosseguimento da ação de improbidade administrativa quanto ao pleito de ressarcimento de danos causados ao erário[61]. Era nítido nesse entendimento a aplicação do princípio no interesse do julgamento do mérito ao se exigir do juízo no caso concreto uma mera diminuição objetiva do processo, e não a sua extinção.

Registre-se que esse entendimento deve ser modificado, não pelo abandono do princípio ora analisado, mas em razão da mudança jurisprudencial vinda do Supremo Tribunal Federal, que passou a entender prescritível a pretensão de cobrança de danos suportados pelo erário. Partindo-se dessa premissa o processo

[58] STJ, 2.ª Seção, REsp 1.129.938/PE, rel. Min. Massami Uyeda, j. 28.09.2011, *DJe* 28.03.2012; STJ, 3.ª Turma, AgRg no REsp 1.161.961/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 13.08.2013, *DJe* 22.08.2013; STJ, 4.ª Turma, AgRg no AREsp 14.114/PR, rel. Min. Marco Buzzi, j. 06.11.2012, *DJe* 13.11.2012.

[59] STJ, 1ª Turma, REsp 812.323/MG, Rel. Min. Luiz Fux, j. 16.09.2008.

[60] Neves, Manual de Improbidade, 13.2.5, p. 193.

[61] STJ, 1ª Seção, REsp 1.289.609/DF, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 12/11/2014, DJe 02/02/2015.

será extinto por prescrição porque todas as pretensões – reparatórias e sancionatórias – estarão prescritas depois do prazo de 5 anos.

Não tenho dúvida de que a responsabilidade pelo ressarcimento dos danos causados ao patrimônio público seja subjetiva, de modo que deva se comprovar a culpa dos acusados pelo ato de improbidade administrativa para justificar eventual condenação. O dolo, entretanto, nunca será exigido para a configuração de tal responsabilidade, ainda que possa restar demonstrado no caso concreto.

Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da LIA (que causam prejuízo ao erário) exige a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, culpa, o mesmo não ocorrendo com os tipos previstos nos arts. 9º e 11 da mesma lei (enriquecimento ilícito e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública), os quais se prendem ao volitivo do agente (critério subjetivo) e exige-se o dolo[62].

Para a pretendida análise interessam as ações de improbidade administrativa fundadas em atos tipificados nos arts. 9º e 11 da LIA, na qual a configuração da improbidade administrativa depende da comprovação do dolo dos réus. Imagine-se que nesse processo o juízo se convença de que não houve dolo, de forma a ser impossível tipificar o ato apontado na petição inicial como de improbidade administrativa. Pode-se imaginar que, não tendo havido improbidade administrativa no caso concreto, seja o caso de julgamento de improcedência dos pedidos sancionatórios do autor com a perda de objeto dos pedidos de natureza reparatória.

Eventual aplicação do princípio do interesse no julgamento do mérito, entretanto, levará à solução mais inteligente e consentânea com o princípio da economia processual. Como os pedidos de natureza reparatória não dependem da existência de dolo na conduta dos réus, caberá ao juiz analisar na própria ação de improbidade administrativa se houve culpa em tal conduta, o que tornará possível a prolação de sentença de mérito também relativamente a essa parcela da pretensão.

Ainda que se admita que a sentença de improcedência em razão da ausência de dolo não impeça a propositura de uma nova ação coletiva veiculando o pedido de reparação dos danos causados ao patrimônio público[63], não há qualquer razão para desperdiçar a ação de improbidade administrativa para proferir o julgamento com relação a essa parte da pretensão do autor.

5.6.3. Interesse no melhor julgamento de mérito possível

Na tutela individual o princípio ora analisado leva o juízo a fazer o possível para proferir uma sentença de mérito, e com isso atingir o fim normal do

[62] STJ, 2ª Turma, REsp 1.569.324/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 03/12/2015, DJe 05/02/2016; STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 370.133/RJ, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 01/10/2015, DJe 07/10/2015.

[63] Zavascki, Processo coletivo, p. 115.

processo ou fase de conhecimento. Pouco importa para atender ao princípio do interesse no julgamento do mérito a sua qualidade, bastando que seja proferida uma sentença de mérito. Dessa forma, mesmo a sentença fundada na regra do ônus da prova, na qual o juiz parte de presunções para decidir o aspecto fático da demanda, atende ao princípio sob comento.

Segundo a melhor doutrina, todo julgamento fundado na regra do ônus da prova tende a ser de pior qualidade, justamente porque o juiz não estará convencido a respeito dos fatos da demanda. Julgar baseado em prova, em um genuíno juízo de certeza, é sempre mais adequado do que decidir sem a necessária prova, fundando-se na regra do ônus da prova. Naturalmente haverá situações nas quais não há alternativa, sendo essa forma de julgamento a única possível. E quando havia prova a ser produzida e, por desídia das partes e desinteresse do juiz em produzi-las de ofício, não houve a produção?

Não parece que nesse caso se possa defender a qualidade da decisão proferida, mas, ainda assim, ao menos na tutela individual, o princípio do interesse no julgamento de mérito terá sido atendido.

Na tutela coletiva parece que não basta o julgamento de mérito, mas que este tenha a melhor qualidade possível. Nesse caso, o princípio do interesse no julgamento do mérito torna-se poderoso aliado da efetiva tutela dos direitos coletivos *lato sensu*, porque a qualidade que se exigirá do julgamento de mérito sempre terá por objetivo tal tutela. Entendo ser nesse sentido a coisa julgada *secundum eventum probationis*, devidamente analisada no item 14.2. A possibilidade de repropositura de uma ação coletiva fundada em prova nova demonstra cabalmente que a decisão de improcedência (de mérito) proferida no primeiro processo não teve a qualidade desejável, considerando que o juízo ao proferi-la não teve acesso a todas as provas necessárias à formação exauriente de seu convencimento.

5.7. DISPONIBILIDADE MOTIVADA

O art. 9º da Lei 4.717/1965 prevê uma situação exclusiva de demandas populares já em trâmite, sendo absolutamente impossível falar em sua aplicação enquanto não existir uma demanda judicial já instaurada. Trata-se de interessante hipótese de sucessão processual a se verificar no polo ativo da demanda, permitindo-se que o Ministério Público ou qualquer outro cidadão – além da pessoa jurídica de direito público, originariamente figurando no polo passivo da demanda – possam assumir o polo ativo, desde que o cidadão-autor originário desista da ação ou dê "motivo para a absolvição da instância".

Segundo a previsão legal, ocorrendo uma das hipóteses indicadas e após a publicação de editais que seguirão os requisitos formais previstos pelo art. 7º, II, da mesma lei, será possível a sucessão processual, com a retirada do autor originário do polo ativo do processo e o ingresso em seu lugar de um novo

sujeito. Como em qualquer espécie de sucessão processual, estar-se-á diante de uma modificação subjetiva da demanda, com a alteração do(s) sujeito(s) que participa(m) da relação jurídica processual no polo ativo.

Na Lei 7.347/1985, o art. 5º, § 3º, prevê regra praticamente no mesmo sentido, ainda que se valha de expressões mais atuais para definir as hipóteses de sua aplicação. Nos termos do dispositivo, havendo desistência infundada ou abandono da ação, o Ministério Público ou outro legitimado poderá assumir o polo ativo e evitar a extinção terminativa do processo. A única falha, superável por uma interpretação sistêmica do dispositivo legal, é apontar como único responsável pela desistência ou abandono a associação, apenas um dos sujeitos legitimados à propositura da ação civil pública. Naturalmente, a regra se aplicará qualquer que seja o autor e não somente no caso de ação proposta por associação[64].

Apesar da omissão de norma no mesmo sentido nas Leis 8.429/1992 e 12.016/2009, entendo que a regra ora analisada deve ser também aplicada à ação de improbidade administrativa e no mandado de segurança coletivo. Basta para tanto adotar a ideia de microssistema coletivo, devidamente desenvolvida no item 2.3.

Criar uma oportunidade de evitar a extinção terminativa de uma ação coletiva por abandono ou desistência injustificada, realidade ausente na tutela individual, justifica-se em razão da natureza da legitimidade ativa da ação coletiva, que permite a quem não é titular do direito material sua defesa em juízo. Por outro lado, como bem observado pelo Superior Tribunal de Justiça, a diferenciada regra não constitui qualquer privilégio, decorrendo da especial natureza dessas espécies de ação, meios processuais de dignidade constitucional e instrumento de participação da cidadania na defesa do interesse difuso da coletividade[65].

Conforme exposto nas breves observações introdutórias, a aplicação dos dispositivos legais comentados está condicionada ao trâmite da ação coletiva, sendo norma inaplicável às hipóteses em que ainda não exista referida demanda judicial. Nem poderia ser diferente, considerando que a norma se refere ao procedimento, aspecto extrínseco do processo, que, por essa razão, só será aplicada quando a ação já existir. De qualquer forma, a conclusão óbvia não resolve todos os problemas que podem advir da determinação do momento adequado para a aplicação do dispositivo legal. Parece evidente que, sem processo, será impossível a aplicação da norma. Mas será que a simples existência de uma demanda já possibilitaria a aplicação do dispositivo legal sob análise?

Nos termos do art. 312 do CPC, a ação individual, assim como a coletiva, será considerada proposta a partir do momento em que o autor protocolar sua petição inicial perante algum órgão jurisdicional. Será, já a partir desse

[64] Mazzilli, A defesa, p. 410; Leonel, Manual, 5.21, p. 375. Contra: Carvalho Filho, Ação, p. 194.

[65] STJ, 2ª Turma, REsp 554.532/SP, rel. Min. Castro Meira, j. 11.03.2008, *DJE* 28.03.2008.

momento limiar da demanda judicial, aplicável a regra ora analisada? Apesar de o processo já existir a partir da propositura da ação, não parece acertada a aplicação da regra antes que a relação jurídica processual esteja completa com a citação válida do réu. Esse entendimento leva em conta a fase inicial em que a desistência tenha se operado, antes mesmo da integração do réu à relação jurídica processual. Haverá, nesse caso, apenas uma petição inicial a ser salva, o que parece muito pouco para justificar a adoção da técnica ora analisada. Dessa forma, apenas quando já formada a relação jurídica processual triangular, terá sentido a publicação dos editais com a convocação de interessados em assumir a demanda coletiva.

Segundo o art. 9º da Lei 4.717/1965, a publicação dos editais e a intimação do Ministério Público ou de qualquer cidadão para permitir a sucessão processual no polo ativo da demanda popular se realizarão em duas hipóteses: na desistência da ação pelo autor e na absolvição de instância. A expressão "absolvição de instância", constante do Código de Processo Civil de 1939 (art. 201), foi abandonada pelo atual diploma processual, que não faz mais nenhuma remissão a tal termo. Como a Lei da Ação Popular é bem anterior ao atual estatuto processual, é preciso definir quais as razões que levaram o legislador da época (1965) a prever tal fenômeno processual no dispositivo comentado, e isso só será possível a partir da conceituação do instituto da "absolvição de instância".

Da análise do art. 201 do Código de Processo Civil de 1939, é possível concluir que o termo "absolvição de instância" se refere às hipóteses previstas atualmente no art. 485 do CPC de 2015, que são as sentenças extintivas do processo sem o julgamento do mérito, feitas, evidentemente, as devidas adaptações. Há, inclusive, doutrina que defende a aplicação do art. 9º da LAP para qualquer hipótese de sentença terminativa, permitindo-se que o Ministério Público ou outro cidadão assumam o polo ativo, corrigindo a falha ou vício que levaria a demanda à sua extinção de forma anômala[66], também havendo decisão do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido[67].

O entendimento contraria o art. 5º, § 3º, da LACP, norma mais recente e já em consonância com o atual Código de Processo Civil, que prevê ser a oportunidade de sucessão processual no polo ativo limitada a dois atos específicos do autor que podem levar o processo a uma extinção terminativa: desistência e abandono infundados.

No tocante ao abandono da causa, a extinção do processo deverá obrigatoriamente ser precedida de intimação pessoal do autor para que dê andamento ao procedimento no prazo de 5 dias, e, somente depois de transcorrido tal prazo sem manifestação, o processo será extinto (art. 485, § 1º, do CPC). Não parece haver qualquer motivo específico para se afastar a exigência do art. 485, § 1º,

[66] Didier Jr., *Pressupostos*, p. 336.

[67] Informativo 570/STJ, 3ª Turma, REsp 1.405.697-MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 17/9/2015, DJe 8/10/2015.

do CPC, à ação coletiva, devendo tão somente se adaptar tal previsão à regra ora analisada[68]. A única diferença digna de nota com o sistema do Código de Processo Civil é que, neste, a intimação pessoal é condição para a extinção do processo, enquanto, na ação coletiva, a intimação pessoal é condição para se aplicar ao caso concreto regra que estabelece a publicação de editais convocando os interessados em assumir a demanda judicial.

Tanto na hipótese do abandono como na da desistência, considero inaplicável a regra prevista no art. 485, § 6º, do CPC, que exige, para a extinção do processo, e desde que o réu já tenha apresentado contestação, o seu requerimento nesse sentido. Na realidade, não é precisamente o requerimento do réu exigido, mas sua mera anuência, desde que já tenha no caso concreto apresentado contestação. No entanto, na ação coletiva, a meu ver, ainda que todas as condições estejam presentes, o réu só deve ser intimado a se manifestar depois da publicação dos editais, caso nenhum outro legitimado se disponha a assumir o polo ativo da demanda.

A importância da manifestação do réu nas hipóteses de extinção por abandono ou desistência decorre de seu direito à obtenção de uma sentença de mérito no processo. Assim, antes da sentença terminativa, será imperiosa a manifestação do réu que já tenha se defendido no processo para demonstrar sua concordância com tal extinção. Ocorre, entretanto, que, na ação coletiva, o ato de desistência ou de abandono não gera a extinção do processo, e sim a publicação de editais convocando interessados em prosseguir na demanda judicial no lugar do autor originário relapso. Assim sendo, resta irrelevante o posicionamento do réu antes da aplicação do artigo legal objeto de análise, não dependendo de sua manifestação a publicação dos editais, bastando para tanto o pedido de desistência do autor ou seu abandono da causa. O direito do réu a uma sentença de mérito somente poderá ser cogitado no caso de nenhum interessado pretender continuar com a demanda judicial.

Registre-se, por fim, que a aplicação das normas legais comentadas não impede a extinção do processo, sendo somente uma condição para que tal extinção aconteça, o que poderá normalmente vir a ocorrer no caso concreto, se, após a devida publicação dos editais, não comparecer ao processo nenhum interessado, e o Ministério Público se manifestar pela extinção do processo[69].

Conforme o disposto no art. 9º da Lei 4.717/1965, publicados os editais no prazo e condições previstas pelo art. 7º, II, ficará assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de noventa dias da última publicação, promover o prosseguimento da ação. Sem a previsão dos editais ou do prazo para ocorrer a sucessão processual, o art. 5º, § 3º, da Lei 7.347/1985 também prevê a legitimidade para assumir o polo ativo do Ministério Público ou qualquer outro legitimado.

[68] Nery-Nery, Código, p. 1.446.

[69] Mancuso, Ação popular, p. 229.

Sendo evidentemente uma hipótese que permite a sucessão processual, com a retirada do autor originário e colocação em seu lugar de "qualquer cidadão" ou do Ministério Público na ação popular ou de outro legitimado coletivo ou Ministério Público nas demais ações coletivas, cumpre analisar de que forma se deverá compreender essa legitimação superveniente.

No tocante à ação popular e à ação de improbidade administrativa, é preciso incluir no rol dos legitimados a assumir o polo ativo da ação a pessoa jurídica de direito público que foi lesada pelo ato ilícito impugnado. No primeiro caso, admite-se que a pessoa jurídica de direito público ou privado que se encontrava no polo passivo da demanda assuma o polo ativo, dando continuidade à demanda popular[70]. No segundo caso tal pessoa não é litisconsorte passivo necessário, conforme devidamente demonstrado no Capítulo 8, mas, uma vez tendo optado por assumir a condição de réu, poderá, diante da desistência ou abandono do autor, assumir o polo ativo.

Deve-se ponderar que o Ministério Público tem total autonomia na decisão de assumir ou não o polo ativo da demanda coletiva, não existindo qualquer obrigatoriedade na adoção de tal postura. Não havendo razões sérias para a continuidade da ação, o Ministério Público deve optar pela inércia, mantendose na posição de *custos legis* que tem desde o começo da demanda judicial, negando, portanto, o convite a assumir o polo ativo[71], o que levará o processo à extinção terminativa caso nenhum outro legitimado assuma a condição de autor.

Na realidade, nenhum dos legitimados tem o dever de assumir o polo ativo da ação coletiva diante da desistência ou abandono do autor, até porque ninguém pode ser obrigado a atuar como autor, sendo o exercício do direito de ação – originariamente ou de forma superveniente – sempre dispositivo, dependente seu exercício, portanto, da vontade de seu titular. O único que poderia ser obrigado a participar do processo como autor seria o Ministério Público, desde que tal atuação estivesse em consonância com suas finalidades institucionais, o que, entretanto, não ocorre no caso concreto.

É justamente da ausência dessa obrigatoriedade que decorre o nome do princípio ora analisado. Caso os legitimados que não propuseram a ação coletiva entendam que o abandono ou a desistência são justificáveis, a disponibilidade do processo estará devidamente motivada e levará o processo à sua extinção sem resolução do mérito. Ações sem fundamentação séria ou pessimamente formuladas e/ou conduzidas têm na extinção do processo um final legítimo.

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de decidir que cabe a continuação da ação coletiva diante de desistência ou abandono do autor em respeito aos princípios da indisponibilidade e obrigatoriedade das demandas

[70] STJ, 2ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, AgRg no REsp 439.854/MS, *DJ* 18.08.03, p. 194.

[71] Silva, *Ação*, pp. 238-239; Noronha, *O Ministério*, p. 133; Sidou, *Habeas Corpus*, p. 365; Rodrigues, *Ação*, p. 256.

coletivas, salvo na hipótese de manifesta improcedência da ação ou quando a lide se revelar temerária[72].

Registre-se por fim que o princípio ora analisado se aplica tão somente aos chamados processos coletivos comuns, porque nos processos coletivos especiais a desistência e, por consequência, o abandono não são admitidos como causa de extinção terminativa do processo, nos termos dos arts. 5º e 12-D da Lei 9.868/1999.

Devidamente explicada a regra consagrada nos arts. 9º da LAP e 5º, § 3º, da LACP, há uma derradeira e interessante questão que deve ser enfrentada. Apesar de extremamente rara na praxe forense, podendo até mesmo chegar a ser considerada uma situação teratológica, o que acontecerá no processo na hipótese de ser o Ministério Público o autor que desiste ou abandona a ação coletiva?

Registro desde já minha discordância da doutrina minoritária que defende a impossibilidade de desistência da ação pelo Ministério Público[73], porque a ação coletiva, diferente da ação penal, além de não ter regra específica a respeito do tema, dispõe de uma pluralidade de legitimados ativos que não existe na ação penal. Por outro lado, a indisponibilidade do direito material discutido não é justificativa para obrigar o Ministério Público a dar andamento a processo infundado ou desarrazoado, até porque a desistência não se confunde com a renúncia, esta sim inadmissível na ação coletiva.

Entendo que em um primeiro momento não existe qualquer especialidade procedimental, devendo ocorrer a publicação de edital para a convocação de outros legitimados para que, querendo, assumam a condução da demanda. Havendo a sucessão processual, o Ministério Público perderia sua qualidade de autor, mas continuaria a participar da ação coletiva como fiscal da ordem jurídica.

Não ocorrendo a sucessão processual, e entendendo o juiz que a desistência ou abandono foi motivado, caberá a extinção do processo por sentença terminativa, nos termos do art. 485, III ou VIII, do CPC, a depender da causa de extinção. Caso o juiz não concorde com a extinção do processo, considerando ser imotivada a desistência ou o abandono, há divergência doutrinária: para alguns deve-se aplicar por analogia a solução prevista no art. 28 do CPP, remetendo-se a questão ao chefe da respectiva Instituição do Ministério Público[74]; para outra corrente doutrinária deve-se aplicar por analogia a solução preconizada pelo art. 9º da LACP, com o envio da questão para o Conselho Superior do Ministério Público[75].

Apesar do inegável mérito do segundo entendimento de se valer de regra pertencente ao microssistema coletivo, considero como mais adequado o primeiro entendimento em razão da natureza da atividade exercida pelo Conselho Superior do Ministério Público. Na hipótese de desistência e abandono da ação, já existirá

[72] STJ, 3ª Turma, REsp 200.289/SP, rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 02.09.2010, *DJe* 15.09.2010.

[73] Carvalho Filho, Ação, pp. 194-195. No sentido do texto: Gajardoni, Direitos I, p. 35.

[74] Assagra, Direito, p. 573; Leonel, Manual, 5.21, p. 378.

[75] Mazzilli, A defesa, pp. 416-417.

processo judicial em curso, e qualquer decisão de instância ministerial superior terá natureza jurisdicional, o que parece não ser compatível com as atribuições funcionais do Conselho Superior do Ministério Público[76].

5.8. OBRIGATORIEDADE DE PROMOÇÃO DA DEFESA DOS DIREITOS COLETIVOS *LATO SENSU*?

Discute-se na doutrina se existiria uma obrigatoriedade para a propositura da ação coletiva, não no tocante a todos os legitimados ativos, mas somente quanto ao Ministério Público, em razão de suas finalidades institucionais consagradas no art. 129 da Constituição Federal. Há corrente doutrinária que defende essa obrigatoriedade, chegando a falar em "dever funcional"[77], enquanto outra parcela aponta para uma obrigatoriedade temperada com a conveniência e oportunidade[78].

Interessante notar que parcela da doutrina que defende a obrigatoriedade menciona a possibilidade de composição por via extrajudicial, como ocorre no termo de ajustamento de conduta[79]. Justamente em razão da possibilidade de tutela do direito sem a necessidade de ação judicial parece preferível o entendimento de que a obrigatoriedade diz respeito à promoção de defesa judicial ou extrajudicial dos direitos transindividuais[80].

Dessa forma, parece que não existe, nem mesmo para o Ministério Público, uma obrigatoriedade na propositura da ação coletiva, justamente pela possibilidade de se resolver a violação ou ameaça ao direito por meios alternativos de solução do conflito. Haveria, portanto, uma obrigatoriedade institucional de tutelar os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos indisponíveis ou com repercussão social, mas sem necessariamente ter de se valer de ação judicial para tanto. Interessante notar que para os direitos individuais homogêneos disponíveis sem repercussão social não existe nem obrigatoriedade de promoção de defesa tampouco de propositura de ação, posturas vedadas ao Ministério Público e facultativas para os demais legitimados coletivos.

Entretanto, mesmo essa obrigatoriedade de promoção de defesa dos direitos, ainda que sem a necessidade de processo judicial, é considerada por parcela da doutrina como temperada, porque dependente da análise no caso concreto por meio do Ministério Público, que poderá entender pela inviabilidade, inutilidade, ilegalidade ou desnecessidade de sua atuação[81].

[76] Nery-Nery, Código, p. 1.446.

[77] Negrão, Ações coletivas, pp. 228-229; Andrade-Masson-Andrade, Interesses, 2.3.1.1.4.1, p. 65.

[78] Nery-Nery, Código, 1.443.

[79] Souza, Ação civil, p. 72.

[80] Vieira, A transação, p. 272.

[81] Mazzilli, A defesa, p. 92; Pedro Dinamarco, Ação, 14.4.1, p. 210.

Conforme correta crítica doutrinária, fazer referência a obrigatoriedade temperada é o mesmo que falar em mulher meio grávida[82] ou em funcionário público meio honesto. A obrigatoriedade existe ou não existe, e, havendo a possibilidade de análise do caso concreto pelo Ministério Público para definir se promove ou não a defesa dos direitos, fica difícil aceitar a existência de obrigatoriedade de tal conduta. Por mais ginástica linguística que se faça, ao se afirmar que existe um juízo de oportunidade e conveniência na atuação do Ministério Público em favor dos direitos tutelados pelo microssistema coletivo, torna-se difícil defender o princípio da obrigatoriedade.

Ainda mais inadequada se mostra a explicação do tema ora analisado sob a ótica do princípio da indisponibilidade do direito de ação[83].

Na tutela individual é indiscutível a natureza disponível do direito de ação, independentemente da natureza do direito material que poderia vir a ser tutelado no processo. Logo, sendo o direito disponível ou indisponível, a existência de um processo judicial, que decorrerá do concreto exercício do direito de ação, dependerá da vontade do titular do direito ou do legitimado extraordinário, que poderão optar pelo não exercício de tal direito. É tradicional a lição de que ninguém pode ser obrigado a propor a ação judicial de natureza individual.

Entendo que o direito de ação coletiva é tão disponível quanto o da ação individual, e que, se existe efetivamente um dever do Ministério Público na promoção da defesa dos direitos conforme já analisado, isso nada tem a ver com a indisponibilidade do direito de ação, mas sim com suas finalidades institucionais. Afinal, mesmo o Ministério Público na tutela de direitos transindividuais pode ser obrigado a ser autor de um processo judicial.

5.9. OBRIGATORIEDADE DA EXECUÇÃO

O tema da execução na tutela coletiva é versado com a devida profundidade no Capítulo 16, mas, como é corrente na doutrina a colocação da obrigatoriedade da execução entre os princípios do processo coletivo, entendo interessante analisar brevemente essa obrigatoriedade.

Não há execução sem título que a embase (*nulla executio sine titulo*), porque na execução, além da permissão para a invasão do patrimônio do executado por meio de atos de constrição judicial[84] (por exemplo, penhora, busca e apreensão, imissão na posse), o executado é colocado em uma situação processual desvantajosa em relação ao exequente. Assim, exige-se a presença de título que demonstre ao menos uma considerável probabilidade de que o direito representado no título efetivamente exista para justificar essas desvantagens que serão suportadas

[82] Ferraresi, Ação, p. 281.
[83] Didier Jr.-Zanetti Jr., Curso, p. 121.
[84] STJ, 1ª Turma, REsp 700.114/MT, rel. Min. Luiz Fux, j. 27.03.2007, *DJ* 14.05.2007, p. 251.

pelo executado[85]. E, como sabido, há títulos executivos judiciais e extrajudiciais, sendo que no primeiro caso, em regra, se executa por meio de cumprimento de sentença, enquanto no segundo é indispensável a existência de um processo autônomo de execução.

Essa observação é importante porque, no tocante aos títulos executivos extrajudiciais, a obrigatoriedade da execução passa necessariamente pela análise da disponibilidade do direito de ação coletiva, tema devidamente analisado no item 5.8 do presente capítulo. Ademais, quanto a essas espécies de título executivo, não existe qualquer previsão legal no microssistema coletivo que consagre expressamente a obrigatoriedade de execução. O mesmo não se pode dizer do título executivo judicial, cuja obrigatoriedade da execução decorre da expressa previsão legal de três dispositivos legais pertencentes ao microssistema coletivo.

No tocante à execução de sentença – o título executivo judicial por excelência –, o art. 15 da LACP prevê um prazo de 60 dias contado do trânsito em julgado para que, na hipótese de inércia do autor da ação civil pública, qualquer legitimado proponha a execução. O teor da norma é repetido nos arts. 87 do Estatuto do Idoso e 217 do Estatuto da Criança e do Adolescente. O art. 16 da LAP prevê o mesmo prazo de 60 dias de inércia do autor, mas indica como termo inicial desse prazo a decisão proferida em segundo grau de jurisdição, e não o trânsito em julgado. A polêmica a respeito do termo inicial do prazo é desenvolvida no item 16.2 e não tem relevância para a identificação da obrigatoriedade da execução, considerando que só diz respeito ao momento em que tal obrigatoriedade passa a existir.

Segundo as previsões legais e entendimento tranquilo da doutrina, decorrido o prazo legal e mantendo-se inerte o autor da ação coletiva, qualquer outro legitimado coletivo terá a faculdade de ingressar com a execução, enquanto para o Ministério Público existirá um dever funcional de executar, independentemente de sua opinião a respeito da sentença de procedência exequenda. Portanto, mesmo que nenhum outro legitimado se disponha a executar a sentença, o Ministério Público estará obrigado a tanto, o que realmente a torna obrigatória.

Registre-se que as normas mencionadas só têm aplicabilidade nas sentenças cujo objeto seja a violação a direitos transindividuais, considerando que na hipótese de violação a direito individual homogêneo a expectativa é pelas execuções individuais dos beneficiados pela decisão coletiva. No entanto, mesmo nessa espécie de direito há obrigatoriedade da execução, ainda que sob diferentes condições, prevista pelo art. 100 do CDC, por meio da *fluid recovery*, facultativa aos demais legitimados e obrigatória para o Ministério Público.

Essa obrigatoriedade decorre da pouca confiança nas noções de cidadania dos demais legitimados, bem como da desconfiança de que alguma forma de pressão possa inibir tais legitimados a ingressar com a execução, o que tornaria

[85] Dinamarco, *Execução*, n. 299, pp. 457-458.

a sentença ineficaz e o direito desprotegido na prática. Como garantia de que aquele que viola um direito transindividual ou individual homogêneo deve efetivamente suportar os efeitos de seus atos, a lei inteligentemente atribui ao Ministério Público esse dever funcional de executar a sentença coletiva.

5.10. NÃO TAXATIVIDADE DA TUTELA COLETIVA

O art. 1º, IV da Lei 7.347/1985 prevê que todos os direitos difusos e coletivos poderão ser tutelados pela ação coletiva, mesmo não previstos expressamente em lei. Em aplicação da ideia de microssistema coletivo incluemse também nessa amplitude protetiva os direitos individuais homogêneos de qualquer natureza. Como o processo coletivo tem como fonte o acesso à ordem jurídica justa, concepção atual do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF), é compreensível a amplitude de objeto tutelado por essa espécie de processo.

Ocorre, porém, que existem duas injustificáveis limitações consagradas legislativamente.

O art. 1º, parágrafo único, da Lei 7.347/1985 prevê que não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados, embora exista decisão do Superior Tribunal de Justiça admitindo a propositura de ação civil pública pelo Ministério Público em matéria previdenciária[86], apontando a distinção entre a tutela coletiva de pretensões relacionadas às contribuições previdenciárias e benefícios, sendo apenas a primeira delas vedada por lei[87].

O dispositivo é duramente criticado pela doutrina, que denuncia o vergonhoso objetivo da norma legal: afastar o Poder Público do alcance de ações coletivas cujo resultado positivo poderia impor-lhe um dano de dimensões consideráveis. A simples vedação ao processo coletivo, deixando aos interessados somente o caminho da tutela individual, é considerado pela doutrina majoritária como afronta ao princípio da inafastabilidade da jurisdição[88].

Resta evidente que o objetivo é mesmo proteger o Poder Público quando os tribunais superiores impedem ações coletivas para discussão de cobrança de tributos, mas a admitem quando o objeto é a anulação de qualquer tipo de acordo de natureza tributária que gere danos ao Poder Público ou ainda a revogação de qualquer espécie de benefício fiscal ilegal[89], que se mostre lesivo ao erário.

[86] STJ, 5ª Turma, REsp 1.220.835/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 01.03.2011, *DJe* 09.06.2011.

[87] STJ, 5ª Turma, REsp 1.142.630/PR, rel. Min. Laurita Vaz, j. 07.12.2010, *DJe* 01.02.2011; STJ, 6ª Turma, REsp 946.533/PR, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 10.05.2011, *DJe* 13.06.2011.

[88] Nery-Nery, Código, p. 1.435; Leonel, Manual, 5.2.5, pp. 170-172; Assagra, Direito, 11.7.5, p. 575.

[89] STF, 1ª Turma, ARE 752.603 AgR/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/04/2014; DJe 30/04/2014; STF, 2ª Turma, RE 586.705 AgRg/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 23.08.2011, *DJe* 08.09.2011; STJ, 2ª Turma, REsp 871.473/

Ou seja, em uma ação coletiva em favor dos contribuintes, na qual o Poder Público poderia sofrer um grave dano em caso de derrota, a natureza tributária do direito material é causa de vedação a essa espécie de ação. Já em uma ação coletiva em que o objetivo é proteger o patrimônio público por meio de análise da legalidade de concessão prejudicial de benefício fiscal que cause prejuízo ao Poder Público, a tutela coletiva será admitida. Deixo claro que meu posicionamento crítico se limita ao primeiro entendimento, mas essa divergência de tratamentos é claramente ofensiva ao princípio da isonomia. Para os contribuintes, a ação individual, para o Poder Público, a ação coletiva.

Registre-se que, por não se confundir com tributo, vem sendo admitida por meio de ação coletiva a discussão de tarifas públicas cobradas nos serviços explorados sob o regime de concessão ou permissão[90].

Ressalte-se, por fim, que o Superior Tribunal de Justiça entende que sendo a matéria tributária apenas causa de pedir da ação coletiva, não compondo seu pedido, a vedação legal ora analisada é inaplicável[91].

A segunda vedação decorre da previsão constante no art. 21, parágrafo único, da Lei 12.016/2009, que limita a tutela do mandado de segurança aos direitos coletivos e individuais homogêneos, praticamente repetindo o conceito legal dessas espécies de direito já dispostas pelo art. 81 do CDC. A doutrina que já teve a oportunidade de se manifestar a respeito do tema não se conforma com tal limitação, asseverando tratar-se de norma inconstitucional por vedar injustificadamente a tutela dos direitos difusos por meio do mandado de segurança[92].

Realmente não parece adequado o principal fundamento para se excluir da tutela por meio do mandado de segurança coletivo o direito difuso: ser incabível assegurar um direito líquido e certo para um grupo indeterminado de pessoas[93]. A natureza do direito não se confunde com suas características, de forma que a titularidade do direito não é suficiente para determinar se ele poderá ou não ter sua base fática demonstrada por prova pré-constituída.

Ainda que a crítica seja correta, é preciso reconhecer que o entendimento consagrado pelo legislador já vinha sendo defendido pelos tribunais superiores, o que fica claro na Súmula 101 do STF, que, ao afirmar que o mandado de segurança não substitui a ação popular, deixa claro que os interesses difusos da coletividade diante de ato violador de direito – mesmo que o ato viole direito líquido e certo – devem ser tutelados pela ação popular, e não pelo mandado

DF, rel. Min. Eliana Calmon, j. 20/08/2013, DJe 28/08/2013; STJ, 1ª Turma, REsp 903.189/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 16.12.2010, *DJe* 23.02.2011.

[90] STJ, 1ª Turma, AgRg no Ag 1.249.559/RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 15.12.2011, *DJe* 02.02.2012.

[91] STJ, 2ª Turma, REsp 1.387.960/SP, rel. Min. Og Fernandes, j. 22/05/2014, DJe 13/06/2014.

[92] Didier Jr.-Zaneti Jr., *O mandado*, pp. 230-232; Nery-Nery, Código, p. 1.726; Gomes Jr.-Favreto, *Comentários*, p. 192; Scarpinella Bueno, A nova, pp. 130-131; Ferraresi, Do mandado, pp. 112-115; RedondoOliveira-Cramer, Mandado, p. 152. Contra: Meirelles-Wald-Mendes, *Mandado*, p. 133; Tavares, Manual, pp. 168-169.

[93] Medina-Araújo, Mandado, p. Theodoro Jr., O mandado, p. 47.

de segurança coletivo[94]. E, com a previsão expressa do art. 21, parágrafo único, da Lei 12.016/2009, a discussão parece ter chegado ao fim, ao menos no plano jurisprudencial[95].

Por outro lado, o princípio da não taxatividade também deve abranger as diferentes espécies de tutela jurisdicional, sendo possível por meio do processo coletivo a obtenção de tutelas condenatórias – de fazer, não fazer, entregar, pagar –, constitutivas, meramente declaratórias, executivas, cautelares, executivas *lato sensu* e mandamentais. E dizer que todas essas espécies de tutela jurisdicional podem ser obtidas no processo coletivo significa que todas as diferentes espécies de ação, veiculando os mais diversificados pedidos, serão admitidas no plano do processo coletivo.

Nesse sentido, a redação do art. 83 do CDC, ao prever expressamente a admissibilidade de todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos materiais, aplica-se a todas as diferentes ações coletivas. O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de consolidar esse entendimento, deixando claro que os dispositivos a serem aplicados são o art. 83 do CDC e o art. 21 da LACP, não se devendo considerar a pretensa alternatividade consagrada no art. 3º da LACP (condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer), até porque as diferentes espécies de tutela podem ser cumuladas em uma mesma ação coletiva[96].

5.11. COMPETÊNCIA ADEQUADA

Segundo parcela da doutrina, há um princípio referente à competência no processo coletivo: o princípio da competência adequada.

Conforme devidamente analisado no item 7.6.2, as regras de competência territorial existentes no microssistema coletivo invariavelmente criam no caso concreto foros concorrentes, ou seja, a existência de mais de um foro competente à escolha do autor. Aparentemente só não haverá a possibilidade dessa escolha quando apenas uma comarca ou uma seção judiciária for competente para o caso concreto, em hipóteses de menor repercussão.

De qualquer forma, sempre que houver foros concorrentes, a regra é que a escolha será do autor, que a fará mediante um juízo de oportunidade e conveniência. O princípio ora analisado, sugerido por parte da doutrina, retira essa liberdade do autor, apontando para a obrigatoriedade do foro que se mostrar o mais adequado ao caso concreto, seja em razão do direito material discutido ou da matéria fática. Seria hipótese, inclusive, de atuação de ofício do juízo[97]. O princípio deriva de regra existente no direito internacional e também no direito

[94] STJ, 1ª Seção, MS 11.399/DF, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 13.12.2006, *DJ* 12.02.2007, p. 216.

[95] Gajardoni, Comentários, p. 109.

[96] STJ, 1ª Turma, REsp 625.249/PR, rel. Min. Luiz Fux, j. 15.08.2006, *DJ* 31.08.2006 p. 203.

[97] Didier Jr.-Zaneti Jr., Curso, p. 117.

norte-americano, chamada de *forum non conveniens*, que serviria para excluir o *forum shopping*, ou seja, a liberdade do autor em escolher entre mais de um foro que a lei prevê como competentes.

As razões para a exigência de um determinado foro no caso concreto, independentemente da vontade das partes, ainda que existam outros previstos como competentes pela lei, parece ter como fundamento as mesmas razões que levaram o legislador a tornar absoluta a regra de competência territorial no processo coletivo. Dessa forma, a proximidade do ato ilícito discutido no processo, bem como de suas repercussões nocivas mais diretas, além da facilidade na atuação jurisdicional, em especial no tocante à colheita de provas, leva parcela da doutrina a defender o princípio da competência adequada.

Como já tive oportunidade de afirmar no item 7.6.2, a regra consagrada no art. 93 do CDC, em especial no tocante aos danos regionais e nacionais, causa distorções à própria regra de que a competência para a ação civil pública é do foro do local do dano. Ao exigir a competência da comarca da Capital do Estado ou do Distrito Federal, é plenamente possível que a escolha do autor afaste a ação do local do dano, bastando para isso pensar na possibilidade de escolha da comarca do Distrito Federal em dano regionalizado em Estados de uma das regiões do Brasil. Que sentido teria uma ação coletiva voltada a impugnar ato ilícito que gera danos aos Estados da região Norte tramitar no Distrito Federal?

Nesse sentido, entendo que o princípio ora analisado é interessante e por vezes até mesmo necessário para evitar situações como a descrita, nas quais a própria razão de ser da competência absoluta do local do dano é colocada em xeque. Registre-se, entretanto, que os precedentes do Superior Tribunal de Justiça que tratam expressamente do *forum non conveniens* e do *forum shopping* o entendimento foi em sentido contrário à aplicação da tese ora sugerida, com o fundamento de que, mesmo sendo reconhecido em países estrangeiros, não encontra respaldo nas regras processuais brasileiras[98].

Por outro lado, ainda que não fazendo qualquer menção às expressões *forum non conveniens e do forum shopping*, há interessante decisão do Superior Tribunal de Justiça em ação de improbidade administrativa na qual o tribunal, apesar da competência corrente de três comarcas de Capitais, indicou como competente aquela na qual o maior número de atos ilícitos havia sido praticado e na qual haveria a maioria dos documentos necessários ao julgamento da demanda[99]. No julgamento, o entendimento foi fundado nos princípios da celeridade processual, ampla defesa e duração razoável do processo, mas não resta dúvida de que bem poderia ser explicado pelo princípio ora analisado.

[98] STJ, 3ª turma, REsp 1.633.275/SC, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva,j. 08/11/2016, DJe 14/11/2016; STJ, 3ª Turma, MC 15.398/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 02.04.2009, *DJe* 23.04.2009.

[99] STJ, 1ª Seção, CC 97.351/SP, rel. Min. Castro Meira, j. 27.05.2009; *DJe* 10.06.2009. Em sentido próximo: STJ, 1ª Seção, AgRg no CC 116.815/DF, rel. Min. Humberto Martins, j. 28.03.2012, *DJe* 03.04.2012.

6

DIREITOS TUTELADOS PELO MICROSSISTEMA COLETIVO

Sumário: 6.1. Direitos ou interesses? – 6.2. Direito difuso – 6.3. Direito coletivo – 6.4. Direitos individuais homogêneos – 6.5. Direitos individuais indisponíveis – 6.6. Identidades e diferenças entre os direitos coletivos *lato sensu*.

6.1. DIREITOS OU INTERESSES?

Há diversas passagens de textos legais que, ao se referirem ao objeto de tutela do processo coletivo, mencionam "direitos" e "interesses" difusos, coletivos e individuais homogêneos. O art. 81 do CDC, responsável pela conceituação do que seja difuso, coletivo e individual homogêneo, faz expressa menção a interesse e direitos; o art. 21 da LACP, ao prever a aplicação subsidiária do CDC, também faz alusão a direitos e interesses; o art. 129, III, da CF prevê como função institucional do Ministério Público a instauração de inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Há também dispositivos que embaralham os termos, como ocorre no art. 1º da LACP, que, ao prever o objeto de tutela da ação civil pública, indica no inciso III bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e no inciso IV, a tutela de qualquer outro interesse difuso ou coletivo. O mesmo se verifica em decisões do Superior Tribunal de Justiça, que se referem sem qualquer preocupação a ambos os termos, a cada momento alternando-os como se fossem sinônimos[1].

[1] STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.545.352/SC, rel. Min. Herman Benjamin, j. 15/12/2015, DJe 05/02/2016; STJ, 2ª Seção, REsp 1.302.596/SP, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, rel. p/ acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 09/12/2015, DJe 01/02/2016.

Por fim, o art. 21, parágrafo único, da Lei 12.016/2009 prevê em seus dois incisos a tutela de direitos coletivos e individuais homogêneos por meio do mandado de segurança coletivo, sem qualquer menção ao termo interesses.

Afinal, o objeto de tutela por meio do processo coletivo são os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos ou ambos?

É possível indicar na doutrina a existência de três correntes sobre o tema: (a) os que entendem tratar-se de termos sinônimos[2]; (b) os que entendem mais apropriada a adoção do termo interesse[3]; (c) os que defendem a utilização do termo direito[4].

Acredito que para o direito pátrio a distinção entre direito e interesse não tenha mais a relevância de outrora e que até hoje é mantida em alguns outros países. A necessidade de tutelar a coletividade ou uma comunidade surgiu como algo incompreensível diante da concepção clássica de direito subjetivo, dividido entre direito privado (de titularidade de um indivíduo) e público (de titularidade do Estado). Não havendo espaço para esses novos titulares (coletividade e comunidade), criou-se o termo interesses para designar esse novo fenômeno.

Como bem demonstrado pela melhor doutrina, a exclusão do chamado "interesse" coletivo e difuso do âmbito dos direitos só pode ser explicada por uma estreita concepção de direito subjetivo, com nítidas marcas de um liberalismo individualista, que exigia a determinação de titular como condição para a existência de um direito[5]. E, até mesmo dentro dessa visão clássica e ultrapassada, passou a se admitir uma distinção entre os chamados interesses, que foram definidos como interesses simples – não tuteláveis jurisdicionalmente – e interesses legítimos (jurídicos) – tuteláveis da mesma forma que os direitos subjetivos.

Como se pode notar, é possível que a distinção pretendida entre direito subjetivo e interesse legítimo tenha algum interesse em países que mantêm diferentes estruturas jurisdicionais para tutelar cada um deles. É o caso, por exemplo, da Itália, país no qual os direitos subjetivos são postulados perante a Justiça ordinária ou contenciosa civil, enquanto os interesses legítimos são postulados perante a Justiça administrativa. Não é esse, entretanto, o caso do Brasil, que tem uma jurisdição una e indivisível, que tutelará tanto o interesse legítimo como o direito subjetivo, caso efetivamente existam diferenças entre eles.

Na realidade, os valores de interesse da coletividade ou de uma comunidade, que um dia foram considerados meros interesses e depois passaram a ser vistos como interesses legítimos, atualmente devem ser considerados como direitos subjetivos. Daí a absoluta desnecessidade de continuar, tanto em âmbito legislativo como doutrinário e jurisprudencial, a se referir a interesses quando

[2] Watanabe, Código, p. 70; Assagra, Direito, p. 487; Rizzatto Nunes, As ações, pp. 443-444.
[3] Vigliar, Tutela, pp. 60-61; Mazzilli, A defesa, p. 62.
[4] Didier Jr.-Zaneti Jr., Curso, pp. 92-93; Carvalho Filho, Ação, p. 28.
[5] Watanabe, Código, p. 70.

se tratar de tutela coletiva, bastando para a compreensão do tema a utilização do termo "direito".

Compreende-se a corrente doutrinária que prefere a utilização do termo interesse a direito por considerar que nesse caso amplia-se o objeto de tutela por meio do processo coletivo[6]. Contudo, tenho a impressão de que essa preocupação, apesar de legítima e bem-vinda, não tem qualquer consequência prática, porque não consigo imaginar um "interesse" difuso, coletivo e individual homogêneo que não possa ser tratado como direito subjetivo[7].

Diante de todas as considerações tecidas a respeito da diferença de interesse – em especial o legítimo – e o direito subjetivo, e constatada a absoluta irrelevância de distinção entre ambos no tocante à tutela jurisdicional no plano coletivo, prefiro me valer exclusivamente do termo direito.

Existem fundamentalmente três espécies de direitos materiais tutelados pelo microssistema coletivo: difusos, coletivos e individuais homogêneos. É preciso também incluir as previsões específicas no Estatuto da Criança e Adolescente e no Estatuto do Idoso a respeito da defesa pelo Ministério Público de direitos individuais indisponíveis por meio de ação coletiva, que também serão tratadas no presente capítulo.

O art. 81, parágrafo único, da Lei 8.078/1990 conceitua essas três espécies de direitos coletivos *lato sensu*, sendo relevante sua distinção sob a ótica acadêmica e mesmo prática, em especial a diferença entre os direitos genuinamente coletivos e aqueles apenas acidentalmente coletivos.

6.2. DIREITO DIFUSO

Nos termos do art. 81, parágrafo único, I, do CDC, os interesses ou direitos difusos são direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Como se pode notar do conceito legal de direito difuso, essa espécie de direito é composta por quatro elementos cumulativos.

Afirmar que o direito difuso é transindividual é determinar a espécie de direito pelo seu aspecto subjetivo, qual seja, o seu titular. O direito transindividual, também chamado de metaindividual ou supraindividual, é aquele que não tem como titular um indivíduo[8].

Nota-se que o conceito de direito transindividual é residual, aplicando-se a todo direito material que não seja de titularidade de um indivíduo, seja ele pessoa humana ou jurídica, de direito privado ou público. No caso específico do direito difuso, o titular é a coletividade, representada por sujeitos indetermina-

[6] Leonel, Manual, 3.1, p. 79.
[7] Carvalho Filho, Ação, p. 28; Venturi, Processo, p. 49; Lenza, Teoria, p. 50.
[8] Zavascki, Processo coletivo, p. 42.

dos e indetermináveis. São direitos que não têm por titular uma só pessoa nem mesmo um grupo bem determinado de pessoas, concernindo a todo o grupo social, a toda a coletividade, ou mesmo à parcela significativa dela.

O segundo elemento é a natureza indivisível, voltado para a incindibilidade do direito, ou seja, o direito difuso é um direito que não pode ser fracionado entre os membros que compõem a coletividade. Dessa forma, havendo uma violação ao direito difuso, todos suportarão por igual tal violação, o mesmo ocorrendo com a tutela jurisdicional, que uma vez obtida aproveitará a todos indistintamente[9].

Ao prever o terceiro elemento que compõe o direito difuso, o art. 81, parágrafo único, I, do CDC comete um equívoco ao afirmar que a titularidade desse direito é de pessoas indeterminadas. Na realidade, os titulares não são sujeitos indeterminados, mas sim a coletividade. Essa coletividade, naturalmente, é formada por pessoas humanas, mas o direito difuso não as considera como indivíduos, mas tão somente como sujeitos que compõem a coletividade, como integrantes desta[10].

Com essas considerações deve ser interpretado o dispositivo legal ora mencionado, e nesses termos compreende-se que o titular do direito difuso é a coletividade, por sua vez composta por sujeitos indeterminados e indetermináveis, ou seja, sujeitos que não são nem podem ser determinados individualmente. Na realidade, como lembra a melhor doutrina, admite-se uma indeterminabilidade relativa; mesmo que seja possível a determinação, sendo esta extremamente difícil e trabalhosa, o direito continua a ser difuso[11].

Por fim, o último elemento apontado pelo dispositivo legal ora analisado na conceituação do direito difuso é a circunstância de estarem todos os sujeitos que compõem a coletividade ligados por uma situação de fato, sendo dispensável que entre eles exista qualquer relação jurídica[12].

Exemplo classicamente dado de direito difuso é o da propaganda enganosa[13]. Por meio de anúncio que induz o consumidor a erro, um fornecedor tenta vender produto ou serviço que jamais será apto a atender as expectativas deixadas pela propaganda. O simples fato de ser veiculada uma campanha publicitária enganosa é o suficiente para que todos os consumidores, potencialmente expostos a tal campanha, passem a compor a coletividade consumerista afrontada pela violação cometida pelo fornecedor.

Outro interessante exemplo é o da colocação no mercado de produtos com alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança dos consumidores[14]. Novamente, será uma circunstância de fato que reunirá os consumidores em uma coletividade afrontada pela conduta do fornecedor. Também tradicional a menção à violação do meio ambiente, por meio de emissão de poluentes por fábrica acima do admitido em lei.

[9] Cfr. Ação civil pública, p. 151.

[10] Arruda Alvim, Ação civil pública, *RePro* 87, p. 151, Gidi, Coisa julgada, p. 24.

[11] Moreira, A ação, *Temas*, pp. 112-113.

[12] Nunes, Ações, In: Mazzei-Nolasco (coord.), *Processo*, p. 87.

[13] Arruda Alvim, Apontamentos, *Processo*, 28; Didier Jr.-Zaneti Jr., Curso, p. 74; Watanabe, Código, p. 72; Vigliar, Tutela, p. 71.

6.3. DIREITO COLETIVO

Nos termos do art. 81, parágrafo único, II, do CDC, os interesses ou direitos coletivos são direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Como se pode notar do conceito legal de direito coletivo, essa espécie de direito é composta por quatro elementos cumulativos.

Exatamente como ocorre no direito difuso, o direito coletivo é transindividual (metaindividual ou supraindividual) porque seu titular não é um indivíduo. Por terem a natureza transindividual como característica comum, o direito difuso e o direito coletivo são considerados direitos essencialmente coletivos[15]. Há, entretanto, uma diferença. Enquanto no direito difuso o titular do direito é a coletividade, no direito coletivo é uma comunidade, determinada por um grupo, classe ou categoria de pessoas.

A natureza indivisível também é elemento do direito coletivo, exatamente da mesma forma como ocorre no direito difuso. Nesse aspecto, as duas espécies de direito transindividual são idênticas, comungando a característica de serem direitos que não podem ser divididos e usufruídos particularmente pelos sujeitos que compõem a coletividade ou comunidade. Como ocorre no direito difuso, também no direito coletivo todos os indivíduos que compõem a titularidade do direito – grupo, classe ou categoria de pessoas – suportam uniformemente todos os efeitos que atinjam o direito material.

No terceiro elemento do direito coletivo, o art. 81, parágrafo único, II, do CDC foi extremamente feliz em apontar como titular do direito um grupo, classe ou categoria de pessoas, deixando claro que não são os sujeitos individualmente considerados os titulares do direito, mas sim o grupo, classe ou categoria da qual façam parte. Essa limitação do direito coletivo a sujeitos que componham uma determinada comunidade leva a doutrina a corretamente afirmar que esses sujeitos são indeterminados, mas determináveis[16].

O último elemento indispensável ao direito coletivo é a existência de uma relação jurídica base. Conforme bem ensinado pela doutrina, essa relação jurídica base não se confunde com a relação jurídica controvertida que será analisada no processo coletivo, sempre preexistente à lesão ou ameaça de lesão do direi-

[14] Watanabe, Código, p. 72.

[15] Moreira, Ação, *Revista*, n. 3, pp. 24; Mendes, *Ações*, pp. 210-211.

[16] Leonel, Manual, p. 106; Arruda Alvim, Apontamentos, p. 30; Marinoni-Arenhart, Manual, p. 725.

to do grupo, categoria ou classe de pessoas[17]. Significa que o direito coletivo depende de uma relação jurídica que reúna os sujeitos em um grupo, classe ou categoria antes de qualquer violação ou ameaça de violação a um direito indivisível dessa comunidade.

A forma mais simples de visualizar a diferença entre essas duas relações jurídicas de direito material é imaginando que, solucionada a crise jurídica envolvendo o grupo, classe ou categoria de pessoas, essa unidade entre elas continuará a existir, porque a relação jurídica base existente entre elas não se confunde com aquela relação jurídica resolvida em juízo. Consumidores que tenham adquirido um mesmo modelo de carro e tenham direito a um *recall* não realizado pela montadora estarão reunidos em uma relação jurídica base que preexiste e sobreviverá à solução da relação jurídica conflituosa gerada pelo problema derivado da produção do veículo e a resistência da montadora em resolvê-lo espontaneamente.

A relação jurídica base da qual depende a existência do direito coletivo pode se dar de duas formas distintas: entre os próprios sujeitos que compõem o grupo, classe ou categoria ou desses sujeitos com um sujeito comum que viole ou ameace de violação o direito da comunidade. Nas palavras da melhor doutrina, essa relação jurídica base pode ocorrer entre os membros do grupo *affectio societatis* (como, por exemplo, entre os advogados inscritos na OAB) ou pela sua ligação com a "parte contrária" (como, por exemplo, contribuintes ligados ao ente estatal responsável pela tributação)[18].

É natural imaginar ser o direito coletivo mais coeso que o direito difuso, porque existe uma relação jurídica base que torna determináveis os sujeitos beneficiados por sua tutela. A coesão desse direito, entretanto, não significa uma necessária organização, como bem demonstrado por autorizada doutrina, considerando-se que sua natureza indivisível apresenta uma identidade tal que, independentemente de sua harmonização formal ou amalgamação pela reunião de seus titulares em torno de uma entidade representativa, constituem uma só unidade, o que já é suficiente para a proteção jurisdicional coletiva[19].

São variados os exemplos de direito coletivo. Quando se analisa a relação jurídica base derivada de uma vinculação entre os membros do grupo, classe ou categoria, pode-se imaginar os associados de uma associação de proteção aos direitos do consumidor. Ou mesmo uma associação de classe, tal como a OAB, na tutela de direito de todos os seus associados, como direito de todos os advogados a terem acesso ao Fórum em horários razoáveis. Analisada a relação jurídica base no tocante à "parte contrária", um bom exemplo é o grupo de alunos de uma escola quando discutem a reformulação da grade curricular.

[17] Watanabe, Código, p. 73.
[18] Didier Jr.-Zaneti Jr., Curso, p. 75.
[19] Watanabe, Código, p. 75.

6.4. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

O art. 81, parágrafo único, III, do CDC foi bastante sucinto no conceito de direitos individuais homogêneos, prevendo apenas como exigência que tal direito decorra de uma origem comum. A singeleza do dispositivo, entretanto, limita-se ao aspecto literal, havendo sérias divergências a respeito de seu conteúdo.

Diante do conceito legal, é imprescindível que se determine o alcance da expressão "origem comum". Para a melhor doutrina a origem comum pode ser fática ou jurídica (de direito), devendo-se ter em conta não ser necessária uma unidade factual e temporal. Excelente exemplo é a hipótese de vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias. Apesar da inexistência de identidade factual, os danos gerados aos consumidores enganados pela propaganda têm origem comum[20].

Em termos processuais, a origem comum decorre dos dois elementos que compõem a causa de pedir: fato e fundamento jurídico. Havendo um dano a grupo de pessoas em razão de um mesmo fato, ou ainda de fatos assemelhados, pode-se afirmar que os direitos individuais de cada um deles ao ressarcimento por seus danos são de origem comum. Da mesma forma, sendo possível que, mesmo diante de fatos distintos, um grupo de sujeitos possa postular por um direito com base em um mesmo fundamento jurídico, também se poderá afirmar que seus direitos individuais decorrem de uma origem comum.

Essa origem comum, entretanto, parece não ser o suficiente para que se tenha um direito individual homogêneo. Apesar de ser o único requisito previsto pelo dispositivo legal ora analisado, para que a reunião de direitos individuais resulte em um direito individual homogêneo é necessário que exista entre eles uma homogeneidade, não sendo suficiente apenas a origem comum. A homogeneidade, portanto, seria o segundo elemento dessa espécie de direito.

Com amparo em realidade já existente nas *class actions* do direito norte-americano (regra 23 das *Federal Rules* de 1966), corrente doutrinária entende que a homogeneidade dependerá da prevalência da dimensão coletiva sobre a individual. Significa que, havendo tal prevalência, os direitos, além de terem origem comum, serão homogêneos e poderão ser tutelados pelo microssistema coletivo. Por outro lado, se, apesar de terem uma origem comum, a dimensão individual se sobrepor à coletiva, os direitos serão heterogêneos e não poderão ser tratados à luz da tutela coletiva.

Nas ações cujo objeto seja o direito individual homogêneo, busca-se uma sentença condenatória genérica, que possa aproveitar a todos os titulares do direito, sendo que caberá a cada um deles ingressar com uma liquidação de sentença individual para se comprovarem o nexo de causalidade e o dano individualmente suportado pelo liquidante. Para a melhor doutrina, a prevalência das questões

[20] Watanabe, Código, p. 76.

coletivas sobre as individuais se mostrará sempre que não houver maior dificuldade de o indivíduo provar o nexo de causalidade e quantificar seu dano[21].

Conforme esse entendimento, quando não for possível de forma simples a determinação do nexo causal do direito individual e daquele que seria reconhecido na sentença coletiva, não haverá interesse de agir para a ação coletiva, dado que tal ação não será útil nem adequada para resolver a crise jurídica enfrentada pelos indivíduos. Por outro lado, a sentença não será eficaz, porque de pouco proveito será aos titulares dos direitos individuais, considerando que a liquidação da sentença nesse caso em tudo se assemelhará a um verdadeiro processo de conhecimento condenatório individual[22].

A preocupação demonstrada pela doutrina ao exigir algo mais além da mera origem comum para caracterizar o direito individual homogêneo se presta essencialmente para diferenciar o direito individual homogêneo de um mero litisconsórcio disfarçado. Segundo parcela da doutrina, a ação coletiva por interesses individuais homogêneos tem como característica uma tese jurídica geral, referente a determinados fatos, que pode aproveitar a muitas pessoas, o que seria diferente de inúmeras pretensões singularizadas[23].

O argumento é comum e impressiona, mas entendo que não tenha como prosperar. A origem comum está presente, em uma maior ou menor intensidade, nas hipóteses de cabimento do litisconsórcio, salvo na hipótese prevista no art. 113, I, do CPC, que trata de um mesmo direito ou obrigação com pluralidade de titulares. Tanto que a proteção poderá se dar por tutela coletiva ou por tutela individual com a formação do litisconsórcio, respeitando-se o art. 113, § 1º, do CPC[24].

Justamente em razão desta circunstância, tenho dificuldade de aceitar o tratamento coletivo de qualquer soma de direitos individuais, ainda que de origem comum e homogêneos. Penso que para se justificar a tutela coletiva deve a violação do direito ter repercussão significativa, atingindo um número razoável de indivíduos, sob pena de se tutelarem coletivamente direitos individuais que não tenham grande repercussão subjetiva[25].

Para justificar o que se alega, basta imaginar dois consumidores que, ao dividirem uma mesma garrafa de cerveja, tiveram sérias complicações médicas em razão de defeito do produto (líquido apodrecido). A origem dos direitos ao ressarcimento dos danos é naturalmente comum, bem como não há como negar a homogeneidade dos direitos, considerando a simples prova do nexo de causalidade entre os direitos individuais e a eventual sentença condenatória genérica. No entanto, seria legítimo que uma associação de defesa dos consumidores ingressasse com uma ação civil pública requerendo a condenação do fornecedor da cerveja pelos danos suportados pelos dois consumidores lesados? Teria sido esse o objetivo de se tutelarem coletivamente os direitos individuais homogêneos?

[21] Grinover, Código, p. 135.

[22] Grinover, Código, pp. 135-136; Mendes, Ações, p. 221.

[23] Araújo Filho apud Didier Jr.-Zaneti Jr., Curso, p. 78; Rizzatto Nunes, As ações, p. 91.

[24] Zavascki, Processo coletivo, p. 43.

[25] Mendes, Ações, p. 221, fala em "número expressivo de pessoas" e "fenômenos típicos de massa".

É preciso concordar que no texto legal não existe qualquer espécie de exigência expressa para um número mínimo de lesados, o que tem levado, inclusive, parcela da doutrina a entender que essa circunstância é irrelevante. Entendo, entretanto, que deve existir um número razoável de lesados a permitir a aplicação do microssistema coletivo, única forma de compatibilizar o direito individual homogêneo e a tutela coletiva. No exemplo da cerveja, caso o problema tivesse afetado um número maior de consumidores, em razão de diversas garrafas com defeito de produção, seria adequada a tutela coletiva, mas para somente dois consumidores – ou poucos – entendo como único caminho viável a tutela individual.

No sentido de exigir número razoável de lesados, há interessante lição doutrinária que se vale de dispositivos legais do próprio CDC para fundamentar tal conclusão: (a) o art. 94 prevê a publicação de editais, o que só se justifica quando forem desconhecidos ou incertos aqueles a quem se pretende informar; (b) o art. 95 prevê sentença condenatória genérica, não identificando os tutelados por ela, o que só se justifica quando um número considerável tenha sido beneficiado; (c) o art. 100 prevê a execução coletiva por *fluid recovery* determinando a análise da extensão do dano, o que demonstra a necessidade de um número considerável de sujeitos tutelados[26].

O Superior Tribunal de Justiça tem decisões nesse sentido, exigindo para a configuração de direito individual homogêneo, e consequente utilização da ação coletiva, um número considerável de indivíduos tutelados[27].

Cumpre finalmente uma consideração. Diferente dos direitos difusos e coletivos, o direito individual homogêneo não é um direito transindividual, visto que seu titular não é a coletividade nem uma comunidade, mas sim os indivíduos. É, na lição da melhor doutrina, a soma de direitos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, ou de homogeneidade[28].

Justamente por não ser transindividual, o objeto do direito individual homogêneo não é indivisível, como ocorre no direito difuso e coletivo, sendo divisível e decomponível entre cada um dos indivíduos. Como não existe a incindibilidade natural dos direitos transindividuais, o direito individual homogêneo é apenas a soma de direitos individuais, que fundados em uma tese geral podem ser tratados conjuntamente como se fossem um só em um processo coletivo.

[26] Abelha Rodrigues, Ação, pp. 353-354.

[27] Informativo 491/STJ: 4ª Turma, REsp 823.063-PR, rel. Min. Raul Araújo, j. 14.02.2012; STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 710.337/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 15.12.2009, *DJe* 18.12.2009.

[28] Zavascki, Processo coletivo, pp. 42-43.

A doutrina majoritariamente entende pela natureza individual do direito individual homogêneo[29], dadas a sua titularidade e divisibilidade, havendo, inclusive, expressões consagradas na doutrina que demonstram de forma clara essa característica dos direitos individuais homogêneos e a consequente diferença destes com os direitos difusos e coletivos (transindividuais).

José Carlos Barbosa Moreira consagrou a ideia de que os direitos difusos e coletivos são direitos essencialmente coletivos, enquanto os direitos individuais homogêneos são apenas acidentalmente coletivos[30]. Teori Albino Zavascki fala em defesa de direitos coletivos para se referir aos direitos difusos e coletivos, e em defesa coletiva de direitos para se referir a direitos individuais homogêneos[31]. As tentativas de defender uma natureza transindividual dos direitos individuais homogêneos são raras[32] e praticamente sem repercussão, não impressionando por vezes a menção a tal circunstância em corpo de julgados consideravelmente despreocupados com a melhor técnica.

6.5. DIREITOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS

Conforme exposto anteriormente, apesar de o microssistema coletivo se preocupar com a tutela de direitos transindividuais e individuais, nesse segundo caso – direitos individuais homogêneos – há uma prevalência da dimensão coletiva sobre a dimensão individual, inclusive sob o aspecto subjetivo, o que exigirá uma quantidade razoável de titulares de direitos individuais de origem comum a justificar a aplicação das regras procedimentais do microssistema coletivo.

Ocorre, entretanto, que em duas passagens legais que versam sobre o direito coletivo *lato sensu*, e mais precisamente sobre a aplicabilidade do microssistema coletivo, encontra-se a tutela de direitos individuais puros, que podem até mesmo ter apenas um sujeito como titular. Trata-se do art. 201, V, da Lei 8.069/1990 (ECA) e art. 74, I, da Lei 10.741/2001 (Estatuto do Idoso), que expressamente atribuem legitimidade ao Ministério Público na tutela de direitos individuais indisponíveis por meio de instrumentos exclusivos do microssistema coletivo: inquérito civil e ação civil pública, e do art. 98 da Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), que prevê legitimidade ainda mais ampla.

Conforme já tive oportunidade de afirmar, será objeto de tutela por meio do microssistema coletivo a espécie de direito que o legislador desejar, sendo ele transindividual ou individual. Nas hipóteses ora analisadas, entretanto, não vejo qualquer sentido lógico ou jurídico que legitime a aplicação das especiais e diferenciadas regras do microssistema coletivo a direitos essencialmente indivi-

[29] Marinoni-Arenhart, Curso, p. 726; Abelha, Ação, p. 353; Assagra, Manual, p. 492; Vigliar, Tutela, 79; Mendes, Ações, pp. 220-221; Mazzilli, p. 57; Zavascki, p. 43.

[30] Moreira, Processo, pp. 42-43.

[31] Zavascki, Tutela, pp. 195-196.

[32] Didier Jr.-Zaneti Jr., Curso, pp. 80-82.

duais, ainda que indisponíveis e de titularidade de idosos, crianças e adolescentes. Entendo que se trata de ampliação indevida e injustificável, mas não se pode deixar de reconhecer a opção legislativa.

O que não parece correto é tentar explicar a tutela processual coletiva de direito individual indisponível adequando essa espécie de direito ao direito individual homogêneo. Essa indevida confusão, notada em julgamentos do Superior Tribunal de Justiça[33], é absolutamente indesejável porque não distingue os elementos objetivos e subjetivos dos direitos materiais. Ser indisponível diz respeito ao conteúdo do direito, enquanto ser individual homogêneo concerne aos sujeitos que são seus titulares, tanto assim que não existe qualquer exigência de que essa segunda espécie de direito seja indisponível. Há, inclusive, decisões do próprio Superior Tribunal de Justiça que, corretamente, fazem questão de diferenciar direito individual indisponível de direito individual homogêneo[34].

Há inúmeras decisões reconhecendo a legitimidade do Ministério Público e o cabimento da ação civil pública para a tutela de direito indisponível de indivíduo, seja menor[35] ou idoso[36], nos termos dos art. 201, V, da Lei 8.069/1990 (ECA) e art. 74, I, da Lei 10. 741/2001 (Estatuto do Idoso).

O problema é a interpretação extensiva que se vem fazendo de tais dispositivos para admitir a ação civil pública em favor de indivíduos, mesmo fora das proteções legais, com fundamento que, apesar de interessante, parece não se sustentar. Alega-se que, indiretamente, a tutela desses indivíduos estará atendendo a um interesse difuso da coletividade em ver os hipossuficientes e – com ainda maior razão – os hipervulneráveis protegidos pela tutela jurisdicional. Dessa forma, apesar de se tratar de direito individual indisponível não previsto em lei como tutelável pelo microssistema coletivo, o respeito ao pacto coletivo de inclusão social imperativa desses sujeitos atenderia a um direito difuso, o que justificaria a utilização do microssistema coletivo[37].

Exemplos concretos dessa ampliação, além das hipóteses legais, são encontrados em precedentes do Superior Tribunal de Justiça ao reconhecer a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública em favor de indivíduo economicamente hipossuficiente no acesso a medicamento[38] e em

[33] STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.086.805/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 02.08.2011, *DJe* 15.09.2011; STJ, 2ª Turma, AgRg no Ag 1.156.930/RJ, rel. Min. Humberto Martins, j. 10.11.2009, *DJe* 20.11.2009.

[34] STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.045.750/RS, rel. Min. Castro Meira, j. 23.06.2009, *DJe* 04.08.2009; STJ, 1ª Seção, EREsp 819.010/SP, rel. Min. Eliana Calmon, rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, j. 13.02.2008, *DJe* 29.09.2008.

[35] STJ, 3ª Turma, REsp 976.021/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14.12.2010, *DJe* 03.02.2011.

[36] STJ, 1ª Turma, REsp 1.005.587/PR, rel. Min. Luiz Fux, j. 02.12.2010, *DJe* 14.12.2010; STJ, 1ª Turma, AgRg no Ag 1.131.833/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 18.08.2009, *DJe* 26.08.2009.

[37] STJ, 1ª Seção, REsp 931.513/RS, rel. Min. Carlos Fernando Mathias, rel. p/ acórdão Min. Herman Benjamin, j. 25.11.2009, *DJe* 27.09.2010.

[38] STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.297.893/SE, rel. Min. Castro Meira, j. 25/06/2013, DJe 05/08/2013.

favor de deficiente físico para a obtenção de prótese[39], tendo essa última hipótese sido contemplada pela nova redação dada pelo art. 98 da Lei 13.146/2015 ao art. 3º, caput, da Lei 7.853/1989.

Não tenho qualquer dúvida de que os hipervulneráveis merecem toda a proteção estatal possível, inclusive a jurisdicional, mas não vejo a necessidade de aplicação do microssistema coletivo na defesa de seus direitos individuais indisponíveis. Que se admita a excepcional legitimidade extraordinária do Ministério Público para esse caso, uma vez que essa espécie de legitimidade não precisa de previsão expressa em lei, mas para a propositura de processo individual.

A opção do legislador em incluir direitos individuais indisponíveis de determinados sujeitos (idoso, criança e adolescente) no microssistema coletivo já se mostra incongruente e desnecessária. Ampliar o âmbito dessa tutela contém o mesmo vício, mas, por derivar de interpretação extensiva, é ainda mais perigoso, podendo até, no extremo, descaracterizar o microssistema coletivo.

Meu receio de tal ampliação foi, infelizmente, confirmado por julgamento do Superior Tribunal de Justiça sob o rito do julgamento repetitivo. Em precedente vinculante o tribunal decidiu pela legitimidade ampla do Ministério Público a tutelar direitos individuais indisponíveis por meio de processo coletivo, com fundamento no art. 1º da Lei 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público)[40].

Já deixei claro que entendo que tutelar o direito individual indisponível por meio de ação coletiva é um equívoco e um grande desserviço para a tutela coletiva. Embora não concorde, portanto, com a premissa criada pelo Superior Tribunal de Justiça, não é possível limitá-la a legitimidade ativa do Ministério Público. Se a justificativa encontrada pelo tribunal para concluir pela legitimidade ativa é sua finalidade institucional, nos termos de sua lei orgânica, o mesmo deve ser aplicado para a Defensoria Pública.

Nos termos do art. 1º, caput, da Lei Complementar 80/94 (Lei Orgânica da Defensoria Pública) é função institucional da Defensoria Pública a defesa integral dos necessitados, inclusive, naturalmente, de seus direitos indisponíveis.

Se a finalidade institucional do Ministério Público (art. 1º da Lei 8.256/93) somada a legitimidade ativa para ações coletivas (art. 5º, I, da Lei 7.347/85), basta para concluir por sua legitimidade ativa na ação coletiva de tutela de direito individual indisponível, o mesmo raciocínio deve ser empregado à Defensoria Pública, entendimento resultante da combinação do art. 1º da Lei Complementar

[39] STJ, 1ª Seção, REsp 931.513/RS, rel. Min. Carlos Fernandes Mathias (desembargador convocado do RTF 1ª Região), rel. p/ acórdão Min. Herman Benjamin, j. 25/11/2009, DJe 27/09/2010.

[40] STJ, 1ª Seção, REsp 1.682.836/SP, rel. Min. Og Fernandes, j. 25/04/2018, DJe 30/04/2018: "Tese jurídica firmada: O Ministério Público é parte legítima para pleitear tratamento médico ou entrega de medicamentos nas demandas de saúde propostas contra os entes federativos, mesmo quando se tratar de feitos contendo beneficiários individualizados, porque se refere a direitos individuais indisponíveis, na forma do art. 1º da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público)".

80/94 e art. 5º, II, da Lei 7.347/85). Há naturalmente, uma diferença entre os dois legitimados.

Enquanto o Ministério Público só pode participar do processo como autor de ação coletiva, a Defensoria Pública por ser autora da ação coletiva ou representante do assistido em ação individual. Essa dualidade de qualidades processuais, a depender da natureza da ação judicial, permite à Defensoria Pública optar pela espécie de processo que se mostre mais adequado e eficiente para a tutela do necessitado no caso concreto.

Registre-se, por oportuno, já existir uma previsão legal expressa a atribuir legitimidade ativa à Defensoria Pública para a ação coletiva na tutela de direito individual indisponível: art. 3º da Lei 7.853/89.

6.6. IDENTIDADES E DIFERENÇAS ENTRE OS DIREITOS COLETIVOS *LATO SENSU*

Na doutrina é tranquilo o entendimento de que nem sempre será fácil ao operador do direito distinguir as diferentes espécies de direito coletivo *lato sensu* existentes em nosso microssistema processual coletivo. A constatação é corroborada pela identidade de alguns elementos comuns a mais de uma dessas espécies de direito.

Tanto o direito difuso como o coletivo são transindividuais, visto que nenhum deles pertence a um indivíduo. Apesar de serem diferentes os titulares desses direitos – a coletividade no primeiro caso e uma comunidade no segundo –, a transindividualidade é característica comum a ambos. Também a indivisibilidade é característica presente tanto no direito difuso como no direito coletivo, não sendo possível a fruição desse direito apenas por alguns membros da coletividade ou da comunidade, e não pelos demais.

As identidades entre o direito difuso e coletivo, entretanto, se limitam à transindividualidade e à indivisibilidade, porque entre ambos há ao menos duas importantes diferenças.

Conforme já analisado, enquanto no direito difuso não existe uma relação jurídica que vincule os indivíduos que compõem a coletividade, no direito coletivo há entre os membros da coletividade uma relação jurídica base, que os vincula entre si ou com a parte contrária. Portanto, no direito difuso a condição de membro da coletividade decorre de uma situação de fato, enquanto no direito coletivo existe uma relação jurídica que vincula os indivíduos que compõem a classe, grupo ou categoria de pessoas.

Enquanto no direito difuso há uma indeterminabilidade dos sujeitos que compõem a coletividade (note-se, não há, como indevidamente sugere o art. 81, I, do CDC, uma indeterminabilidade de titulares, porque o titular é sempre determinado: a coletividade), ainda que relativa, conforme já devidamente analisado, no direito coletivo os membros que compõem a comunidade são indeterminados,

mas determináveis (novamente o titular do direito é determinado; o grupo, classe ou categoria de pessoas, sendo indeterminados, mas determináveis somente os sujeitos que compõem essa comunidade).

A questão mais importante que deve ser respondida, entretanto, diz respeito à utilidade prática dessa distinção entre o direito difuso e coletivo. Para parcela da doutrina a questão se resolve no plano puramente acadêmico, sem grandes consequências práticas[41]. Por outro lado, existe corrente doutrinária que defende a precisa distinção dos direitos difusos e coletivos não só por uma questão acadêmica, observando que também existirão consequências práticas relevantes dessa tarefa[42].

Feita a diferenciação entre os direitos que se mostram transindividuais, é ainda necessária a distinção desses com o direito individual homogêneo, também tutelado pelo microssistema coletivo.

A primeira e principal diferença diz respeito ao titular do direito, característica essa, inclusive, que demonstra de forma clara a opção político-legislativa de se tratar coletivamente, em termos processuais, os direitos individuais homogêneos. O titular do direito individual homogêneo é o indivíduo, considerando que nesse caso haverá uma soma de direitos individuais, sendo cada um desses direitos somados de titularidade definida a um indivíduo.

Por outro lado, a indivisibilidade – ou unitariedade – presente nos direitos transindividuais não é encontrada no direito individual homogêneo, porque neste os direitos individuais somados podem ser fruídos ou sacrificados individualmente diante de cada um de seus titulares. Parece ser exatamente nesse ponto o aspecto diferenciador mais importante para fins de distinção, na prática, da natureza do direito defendido em juízo.

Quando uma ação civil pública é proposta para reparar os danos de consumidores que se vitimaram em um acidente em transporte oferecido por uma empresa turística, cada qual dos consumidores lesados terá um direito individual de reparação, que uma vez somados poderão resultar em um direito individual homogêneo. Por outro lado, quando em uma ação civil pública se pretende condenar o réu a modificar a propaganda de um produto, em razão das informações incorretas que contém, toda a coletividade será beneficiada com a eventual condenação, sendo nítida a natureza transindividual do direito tutelado nesse caso. E, ainda, se é buscada em uma ação civil pública a alteração na grade curricular de uma escola, todos os alunos que lá estudam serão beneficiados ou prejudicados pela mudança, mas será inviável a modificação curricular somente para alguns dos alunos e para outros, não.

A distinção do direito individual homogêneo do difuso e coletivo parece ter grandes repercussões práticas: (i) a legitimidade tem pequena diferença no

[41] Zavascki, Processo coletivo, p. 46.

[42] Mendes, Ações, p. 218; Mazzilli, A defesa, p. 60; Mancuso, Interesses difusos, p. 79.

tocante ao Ministério Público, que, conforme analisado no item 8.2.2, tem legitimidade plena nos direitos transindividuais e encontra alguma limitação na defesa do direito individual homogêneo; (ii) não se admitirá em uma ação individual a defesa de direitos difusos e coletivos, o mesmo não ocorrendo com o direito individual homogêneo; (iii) no direito individual homogêneo é admissível o ingresso de qualquer titular de direito como assistente litisconsorcial do autor, o que não se admite nos direitos difusos e coletivos; (iv) a liquidação e execução seguirão regras procedimentais totalmente diferentes, conforme amplamente analisado nos Capítulos 15 e 16.

Entretanto, como bem anotado pela melhor doutrina, não há somente diferenças entre os direitos transindividuais, em especial o coletivo e o direito individual homogêneo. Nessas duas espécies de direito existirá um grupo, classe e categoria de pessoas, sendo a determinação, ou quando muito a determinabilidade desses sujeitos, um elemento comum a essas duas espécies de direito[43].

Apesar das diferenças entre os direitos tuteláveis pelo microssistema coletivo, conforme ensina a doutrina, é possível a cumulação de todos eles, ou de dois deles, em um mesmo processo, desde que respeitadas as exigências processuais específicas de cada um[44]. Dessa forma, é possível, por exemplo, em uma mesma ação civil pública pedir a condenação do réu a parar de veicular propaganda enganosa (direito difuso), bem como a condenação ao ressarcimento de todos os consumidores prejudicados por terem acreditado na propaganda (direito individual homogêneo).

E, por fim, ainda seguindo as lições da melhor doutrina, é possível que de uma mesma situação fático-jurídica derivem direitos coletivos *lato sensu* de diferentes espécies. Não que o mesmo direito possa ser, por exemplo, difuso e individual homogêneo, mas que de uma mesma situação fática possam ser geradas diferentes espécies de direitos tuteláveis por meio da tutela coletiva[45]. É o caso, por exemplo, de um vazamento de óleo em uma determinada região litorânea: desse mesmo fato haverá um direito da coletividade à reparação do dano causado ao meio ambiente (direito difuso) e um direito dos pescadores da região prejudicados pelo vazamento, visto que não puderam continuar no exercício de seu ofício (direito individual homogêneo).

[43] STJ, 1ª Turma, REsp 799.669/RJ, rel. Min. Luiz Fux, j. 02.10.2007, *DJ* 18.02.2008, p. 25.

[44] Mazzilli, A defesa, p. 58.

[45] Mazzilli, A defesa, p. 59; Nery Jr., *Código Brasileiro*, p. 225.

7

COMPETÊNCIA

Sumário: 7.1. Introdução – 7.2. Competência da Justiça brasileira – 7.3. Competência originária dos tribunais superiores e órgãos atípicos: 7.3.1. Processo coletivo especial; 7.3.2. Ação popular e ação civil pública; 7.3.3. Ação de improbidade administrativa; 7.3.4. Mandado de injunção coletivo; 7.3.5. Mandado de segurança coletivo; 7.3.6. Processo de impedimento – 7.4. Competência de Justiça Especializada – 7.5. Competência da Justiça comum – 7.6. Regra de competência absoluta: 7.6.1. Competência absoluta: funcional ou territorial?; 7.6.2. Local do dano; 7.6.3. ECA e Estatuto do Idoso; 7.6.4. Mandado de segurança coletivo; 7.6.5. Ação popular; 7.6.6. Ação de improbidade administrativa – 7.7. Competência de juízo.

7.1. INTRODUÇÃO

Na busca da fixação de competência no caso concreto, o operador deve atentar para as diversas normas nos mais variados diplomas legais a respeito da competência da Justiça, do foro e do juízo. Para que essa tarefa seja facilitada, é possível seguir um esquema de descoberta da competência no caso concreto:

1ª etapa: Verificação da competência da Justiça brasileira. Os arts. 21 a 23 do CPC tratam dos limites da jurisdição nacional, disciplinando as hipóteses de competência exclusiva do juiz brasileiro e as hipóteses de competência concorrente deste com o juiz estrangeiro. Sendo exclusiva ou concorrente, será competente a Justiça brasileira para julgar o processo.

2ª etapa: Analisar se a competência para julgamento é dos Tribunais de superposição (a competência originária do STF vem disciplinada pelo art. 102, I, da CF e a competência originária, do STJ no art. 105, I, da CF) ou de órgão jurisdicional atípico (por exemplo, o Senado Federal – art. 52, I e II, da CF).

3ª etapa: Verificar se o processo será de competência da justiça especial (Justiça do Trabalho, art. 114; Justiça Eleitoral, art. 121; ou Justiça Militar, art. 124, todos da CF) ou justiça comum (Justiça Estadual e Justiça Federal).

4ª etapa: Sendo de competência da justiça comum, definir entre a Justiça Estadual e a Federal. A Justiça Federal tem sua competência absoluta prevista pelos arts. 108 (TRF) e 109 (primeiro grau) da CF. A competência da Justiça Estadual é residual, ou seja, sendo de competência da justiça comum, e, não sendo de competência da Justiça Federal, será de competência da Justiça Estadual.

5ª etapa: Descoberta a Justiça competente, verificar se o processo é de competência originária do Tribunal respectivo (TRF ou TJ) ou do primeiro grau de jurisdição.

6ª etapa: Sendo de competência do primeiro grau de jurisdição, determinar a competência do foro. Por foro deve-se entender uma unidade territorial de exercício da jurisdição. Na Justiça Estadual, cada comarca representa um foro, enquanto na Justiça Federal cada seção judiciária representa um foro.

7ª etapa: Determinado o foro competente, a tarefa do operador poderá ter chegado ao final. Haverá hipóteses, entretanto, nas quais ainda deverá ser definida a competência do juízo, o que será feito, no mais das vezes, por meio das leis de organização judiciária (responsáveis pela criação de varas especializadas em razão da matéria e da pessoa) ou ainda pelo Código de Processo Civil (definição de qual juízo é competente quando duas ações são conexas e tramitam no mesmo foro – art. 58 do CPC).

Cabe a análise dessas sete etapas aplicadas à ação coletiva, como as devidas indicações específicas a cada uma de suas espécies, quando necessário.

7.2. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA BRASILEIRA

Essa primeira etapa na definição da competência parece não ensejar maiores dificuldades no caso concreto. Dificilmente os legitimados ativos proporão ação coletiva que não seja de competência da Justiça brasileira.

Em qualquer ação coletiva que tenha como objeto o patrimônio público ou a moralidade administrativa naturalmente o juízo brasileiro será competente para o julgamento da ação coletiva (popular, civil pública e de improbidade administrativa). E no caso de a tutela ser de outra natureza, como o meio ambiente, direitos do consumidor ou saúde pública, certamente haverá, nas ações, atos praticados no Brasil, o que garante a competência nacional.

Em um mandado de segurança coletivo, a autoridade coatora, responsável pela determinação da competência, certamente será domiciliada em território nacional, de forma a ser quase desinteressante a presente discussão a respeito dessa espécie de ação coletiva.

Nas ações do processo coletivo especial a discussão nem se coloca, por razões óbvias. Afinal, se a Justiça brasileira não for a competente para o controle concentrado de constitucionalidade de nossas leis, qual seria?

7.3. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E ÓRGÃOS ATÍPICOS

7.3.1. Processo coletivo especial

Segundo previsão do art. 102, I, *a*, da CF, o Supremo Tribunal Federal tem competência originária para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. O mesmo dispositivo, em seu § 1º, prevê a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, enquanto o art. 103, § 2º, da CF, que consagra a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, também aponta a competência do Supremo Tribunal Federal.

Das quatro ações constitucionais que compõem o processo coletivo especial, três delas serão sempre de competência originária do Supremo Tribunal Federal: ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento fundamental.

No caso da ação direta de inconstitucionalidade, a competência do Supremo Tribunal Federal depende da norma constitucional que se busca tutelar, considerando que também os Tribunais de Justiça são competentes para o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade, quando a alegada ofensa atingir a Constituição Estadual.

Aduz o art. 125, § 2º, da CF a possibilidade de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, considerados em face da Constituição Estadual. Registre-se a acertada lição doutrinária a apontar a incorreção gramatical do texto constitucional, considerando-se que a chamada "representação" nada mais é do que uma ação direta de inconstitucionalidade. Mesmo na hipótese de lei que se limite a reproduzir dispositivo da Constituição Federal de observância obrigatória pelos Estados, quando contestada em face da Constituição Estadual, a ação declaratória de inconstitucionalidade será de competência do Tribunal de Justiça, restando a participação do Supremo Tribunal Federal relegada ao julgamento de eventual recurso extraordinário[1].

7.3.2. Ação popular e ação civil pública

As ações coletivas foram criadas para o primeiro grau de jurisdição, podendo-se até afirmar que no tocante à ação popular e a ação civil pública essa seja a regra em termos de competência. Como os pedidos dessas duas espécies de ação coletiva se limitam a evitar a prática de ato ilícito, anular o ato ilícito já praticado e condenar os réus ao ressarcimento de danos, mesmo quando o polo passivo é composto por agentes públicos, inclusive autoridades que têm prerrogativa de

[1] Barroso, *O controle*, pp. 150-151.

competência em razão de sua função para processos cujo objeto seja ilícito penal ou crime de responsabilidade, a competência será do primeiro grau de jurisdição.

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já teve a oportunidade de se declarar incompetente para o julgamento originário de ação popular na qual figurava como réu o Presidente da República[2]. Trata-se, na realidade, de entendimento antigo daquele tribunal[3], inclusive aplicável também à ação civil pública.

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, já teve oportunidade de lembrar que, em situações excepcionais, terá competência originária para o julgamento da ação popular[4], em entendimento também aplicável à ação civil pública. São duas as hipóteses: (a) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta (art. 102, I, *f*, da CF); (b) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados (art. 102, I, *n*, da CF). Recentemente também entendeu ser de sua competência originária a ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal contra a Itaipu Binacional, nos termos do art. 102, I, "e", da CF[5].

7.3.3. Ação de improbidade administrativa

Esse é um ponto extremamente relevante no tocante à competência na ação de improbidade administrativa. Existe no texto constitucional prerrogativa de competência originária dos tribunais superiores para o julgamento de crimes comuns e de responsabilidade quando praticados por certas autoridades. Tais previsões são encontradas no art. 102, I, "b" e "c", e no art. 105, I, "a" e "b", ambos da Constituição Federal. A questão a ser respondida é se tais prerrogativas de competência também se aplicam à ação de improbidade administrativa.

Para uma corrente doutrinária deve-se admitir a aplicação extensiva, em especial em razão da gravidade das penas que poderão ser cominadas em sede de ação de improbidade administrativa, até mesmo mais severas que as aplicáveis em uma ação de natureza penal (*ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*)[6]. Trata-se da consagração da tese das competências implícitas complementares contidas no texto constitucional, o que permitiria uma interpretação ampliativa dos dispositivos legais para fazer incluir regras de competência que não estejam expressamente consagradas no texto legal.

[2] STF, Tribunal Pleno, Pet 5.856 AgR/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 25/11/2015; DJe 15/12/2015.

[3] STF, Pet 1.738 AgRg/MG, rel. Min. Celso de Mello, j. 01.09.1999, *DJ* 01.10.1999, p. 42.

[4] STF, Tribunal Pleno, ACO 622 QO/RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 07.11.2007, *DJe* 14.02.2008; STF, Tribunal Pleno, Pet 3.674 QO/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 04.10.2006, *DJ* 19.12.2006, p. 37.

[5] STF, Tribunal Pleno, Rcl 2.937/PR, rel. Min. Marco Aurélio, j. 15.12.2011, *DJe* 16.04.2012.

[6] Zavascki, Processo, pp. 116-119; Meirelles-Wald-Mendes, Mandado, pp. 258-263; Tojal-Caetano, Competência,

Contrariamente a esse entendimento, outra corrente doutrinária defende a interpretação literal dos dispositivos constitucionais que preveem competência originária dos tribunais superiores, de forma a ser sempre do primeiro grau de jurisdição a competência para julgar a ação de improbidade administrativa[7]. O principal argumento é que, tratando-se de normas que criam exceções no sistema, sua interpretação deve necessariamente dar-se de forma restritiva. Apesar de reconhecer a seriedade das penas contidas na Lei 8.429/1992, essa corrente doutrinária entende que não se pode confundir a natureza administrativa das sanções com as sanções de natureza penal, únicas que garantem a prerrogativa de foro em razão da função exercida pela autoridade pública[8]. Há doutrina inclusive que apela para o conteúdo político, asseverando que historicamente os tribunais superiores têm falhado em sua missão sancionatória em ações de sua competência originária[9].

No âmbito legislativo tentou-se a definição da questão com uma nova redação do art. 84, § 2º, do CPP, que expressamente consagrava a competência originária dos tribunais nas ações de improbidade administrativa. O dispositivo legal, entretanto, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal sob o correto argumento de que não pode a lei infraconstitucional ampliar as competências originárias dos tribunais previstos constitucionalmente[10]. Diante de tal decisão voltou-se a inexistência de previsão expressa em lei a respeito da competência para o julgamento das ações de improbidade administrativa.

Em sede jurisprudencial, houve uma nítida mudança de posicionamento. No início, os tribunais superiores entendiam pela interpretação restritiva, apontando para a competência do primeiro grau de jurisdição independentemente do agente público que figurasse como réu na ação de improbidade administrativa. Há decisões, em especial do Superior Tribunal de Justiça[11], nesse sentido.

Ocorre, entretanto, que no julgamento da Reclamação Constitucional 2.138/DF o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a prerrogativa de foro nas ações de improbidade administrativa para as autoridades que têm tal prerrogativa na prática de crime de responsabilidade, afirmando que os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo[12]. Aparentemente, houve mudança de opinião, ainda

[7] Gomes Jr.-Favreto, Comentários, p. 307; Marques, Improbidade, p. 207; Decomain, Improbidade, 9.2.7.1, p. 267; Pazzaglini, Lei, p. 206; Oliveira, Improbidade, 10.4, p. 362.

[8] Costa, O processo, p. 247.

[9] Andrade-Masson-Andrade, Interesses, p. 730.

[10] STF, Tribunal Pleno, ADIn 2.797/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15.09.2005, *DJ* 19.12.2006, p. 37.

[11] STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.088.258/GO, rel. Min. Humberto Martins, j. 25.08.2009, *DJe* 06.09.2009; STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.087.214/DF, rel. Min. Francisco Falcão, j. 05.03.2009, *DJe* 18.03.2009.

[12] STF, Tribunal Pleno, Rcl 2.138/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13.06.2007, *DJe* 18.04.2008. No mesmo sentido: STF, Tribunal Pleno, Pet 3.211 QO/DF, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Menezes Direito, j. 13.02.2008, *DJe* 27.06.2008.

que em decisões posteriores o mesmo tribunal, por meio de suas turmas, tenha sinalizado de forma diversa[13].

A aparente modificação de entendimento ocorrido no Supremo Tribunal Federal afetou o entendimento que o Superior Tribunal de Justiça vinha tendo a respeito do tema. No julgamento da Reclamação Constitucional 2.790/SC, a Corte Especial, fazendo expressa remissão ao julgamento do Supremo Tribunal Federal já mencionado, passou a adotar o entendimento de cabimento de aplicação por analogia à ação de improbidade administrativa das normas constitucionais que asseguram a prerrogativa de foro a determinadas autoridades.[14] Após o julgamento, também há outras decisões no mesmo sentido corroborando o entendimento expressado pela Corte Especial.[15]

A reviravolta no entendimento jurisprudencial, entretanto, parece longe de ter se encerrado, porque recentemente tanto o Superior Tribunal de Justiça[16] como o Supremo Tribunal Federal[17] voltaram a decidir pela inexistência de prerrogativa de foro nas ações de improbidade administrativa. Por hora, portanto, é seguro se afirmar que não existe competência por prerrogativa de foro nas ações de improbidade administrativa[18].

7.3.4. Mandado de injunção coletivo

O mandado de injunção coletivo só será de competência originária do Supremo Tribunal Federal quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, I, *q*, da CF.

Será de competência originária do Superior Tribunal de Justiça quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da

[13] STF, 2ª Turma, AI 506.323 AgRg/PR, rel. Min. Celso de Mello, j. 02.06.2009, *DJe* 01.07.2009; STF, 1ª Turma, AI 637.566 AgRg/SE, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26.08.2008, *DJe* 12.09.2008.

[14] STJ, Corte Especial, Rcl 2.790/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 02.12.2009, *DJe* 04.03.2010.

[15] STJ, Corte Especial, Rcl 4.927/DF, Rel. Min. Felix Fischer, j. 15.06.2011, *DJe* 29.06.2011; STJ, 1.ª Turma, AgRg no Ag 1.404.254/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 27.09.2011, *DJe* 17.10.2011; STJ, 1.ª Turma, EDcl no AgRg no Ag 1.338.058/MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 25.10.2011, *DJe* 18.11.2011.

[16] STJ, Corte Especial, Rcl 8.826/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 16/12/2015, DJe 02/02/2016; STJ, Corte Especial, AgRg na Pet 9.669/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, j. 17.09.2014, *DJe* 06.10.2014; STJ, Corte Especial, Rcl 12.514/MT, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 13.03.2014, *DJe* 21.03.2014.

[17] STF, Corte Especial, Pet 3.067 AgR/MG, rel. Min. Roberto Barroso, j. 19/11/2014, DJe 19/02/2015; STF, 2.ª Turma, ARE 806.293 ED/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 03.06.2014, *DJe* 13.06.2014.

[18] A tese 3 da edição n.º 40 da "Jurisprudência em Teses" do STJ dispõe: "A ação de improbidade administrativa proposta contra agente político que tenha foro por prerrogativa de função é processada e julgada pelo juiz de primeiro grau, limitada à imposição de penalidades patrimoniais e vedada a aplicação das sanções de suspensão dos direitos políticos e de perda do cargo do réu".

Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal, nos termos do art. 105, I, *h*, da CF.

7.3.5. Mandado de segurança coletivo

O mandado de segurança coletivo será de competência originária do Supremo Tribunal Federal contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, I, *d*, CF.

Será de competência do Superior Tribunal de Justiça contra atos de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal, nos termos do art. 105, I, *b*, CF. É tranquilo no Supremo Tribunal Federal o entendimento de ser incompetente para conhecer originariamente mandados de segurança contra atos de autoridades de outros tribunais, inclusive superiores[19].

7.3.6. Processo de impedimento

Nessa segunda etapa de fixação de competência, além da competência originária dos tribunais superiores, também interessa a competência de órgãos públicos externos ao Poder Judiciário, que nesse caso atuam com função jurisdicional atípica. O exemplo comumente lembrado é o processo de *impeachment*, ou de impedimento, previsto no art. 52, I e II, da CF. Situação excepcional certamente, mas já vivenciada em nosso pouco tempo de experiência democrática.

Não há qualquer pretensão de tratar do processo de *impeachment* no presente livro, mas não deixa de ser interessante notar que é espécie de processo coletivo conduzido pelo Senado Federal em atípica função jurisdicional. Ao afastar a autoridade de seu cargo e torná-la inelegível por determinado período de tempo, o Senado Federal atende a um interesse de toda a coletividade, qual seja, o interesse de todos os que compõem a coletividade em contar com dirigentes políticos honestos e que não se desviem de sua função pública para obtenção de indevidos benefícios próprios ou para seus apaniguados. Trata-se, portanto, de direito difuso tutelado por meio do atípico processo ora analisado (função estatal atípica).

7.4. COMPETÊNCIA DE JUSTIÇA ESPECIALIZADA

Para a determinação da competência da Justiça o aspecto a ser considerado é a matéria discutida na demanda judicial. Em um primeiro momento, deve-se determinar se a causa é de competência da Justiça Especializada, ou seja, da

[19] Súmula 624/STF.

Justiça Trabalhista (art. 114 da CF), da Justiça Eleitoral (art. 121 da CF) e da Justiça Militar (art. 124 da CF).

Na Justiça Militar seu caráter sancionatório-penal não admite a existência de ações coletivas.

A Justiça do Trabalho é fértil para ações coletivas, inclusive o dissídio coletivo, que, apesar de inegavelmente tratar-se de espécie de ação coletiva, não é abordado na presente obra em razão da limitação de seu objeto às ações coletivas da Justiça Comum. Em virtude do objeto tutelável pela ação popular, entendo não haver competência da Justiça do Trabalho para essa espécie de ação coletiva, o mesmo não podendo se afirmar relativamente à ação civil pública, tranquilamente admitida na Justiça Trabalhista. Exemplo clássico são as ações civis públicas que têm como objeto o meio ambiente do trabalho[20]. Apesar de não tratar especificamente de ações coletivas, o entendimento é amparado no enunciado da Súmula 736 do Supremo Tribunal Federal.

No tocante à ação de improbidade administrativa, há doutrina que entende ser extremamente difícil a competência das Justiças Especializadas para o julgamento dessa espécie de ação[21], enquanto outros afirmam ser ela inadmissível[22]. O Tribunal Superior do Trabalho vem sistematicamente recusando-se a julgar ações cujos atos são tipificados na Lei 8.429/1992, sustentando sua natureza administrativa, o que afasta a atuação da justiça especializada[23].

Na Justiça Eleitoral há interessante previsão no art. 105-A da Lei 9.504/1997 (com redação dada pela Lei 12.034/2009), no sentido de que, em matéria eleitoral, não são aplicáveis os procedimentos previstos na Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, o que parece ser suficiente para excluir a ação civil pública dessa Justiça especializada. Também não visualizo o cabimento de ação popular ou da ação de improbidade administrativa em razão do objeto tutelável por tais ações.

7.5. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM

Não sendo caso de competência de algumas das Justiças Especializadas, a competência será da Justiça Comum, que contém a Justiça Federal (art. 109 da CF) e a Justiça Estadual (competência residual). A competência da Justiça Federal é determinada em razão da pessoa ou da matéria, sendo sempre absoluta. As hipóteses de competência em razão da pessoa estão consagradas nos incisos I, II e VIII do art. 109 da CF, enquanto as hipóteses de competência em virtude

[20] STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 1.116.923/PR, rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 21.10.2010, *DJe* 05.11.2010; STF, 2ª Turma, RE 206.220/MG, rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.03.1999, *DJ* 17.09.1999, p. 58.

[21] Costa, O processo, pp. 248-249.

[22] Oliveira, Improbidade, 10.4, p. 361; Monteiro, Curso, p. 501.

[23] TST, 6ª Turma, RR 531-30.2003.5.14.0402, rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, j. 26.10.2011, *DJ* 04.11.2011; TST, 1ª Turma, RR 13700-05.2007.5.12.0013, rel. Min. Walmir Oliveira da Costa, j. 22.06.2011, *DJ* 01.07.2011; TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, E-RR 540500-44.2006.5.12.0014, rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, j. 05.05.2011, *DJ* 20.05.2011.

das matérias estão previstas nos incisos III, V-A, X e XI do mesmo dispositivo constitucional.

Entendo não haver qualquer especialidade quanto à competência da Justiça Federal e, residualmente, da Justiça Estadual para o julgamento do processo coletivo. Da mesma forma que determinadas matérias e algumas pessoas indicadas no art. 109 da CF tornam a Justiça Federal competente para a ação individual, ocorrerá com a ação coletiva.

A Lei 4.717/1965, mais precisamente em seu art. 5º, *caput*, prevê que, conforme a origem do ato impugnado, é competente para conhecer da ação, processá-la e julgá-la o juiz (na realidade, juízo) que, de acordo com a organização judiciária de cada Estado, o for para as causas que interessem à União, ao Distrito Federal, ao Estado ou ao Município. O melhor entendimento do dispositivo legal é que, havendo no polo passivo pessoa jurídica federal, a competência será da Justiça Federal, enquanto, nos casos de pessoa jurídica estadual, municipal e do Distrito Federal, a competência será da Justiça Estadual ou Distrital. Nenhuma grande revelação, pois se chegaria à mesma conclusão pela leitura do art. 109, I, da CF.

As Leis 7.347/1985 e 8.078/1990, que formam o núcleo duro do microssistema coletivo, não têm qualquer previsão específica no sentido de determinar a competência da Justiça para as ações coletivas, limitando-se a tratar da competência do foro. Na realidade, mesmo que quisesse, o legislador infraconstitucional não poderia ter legislado sobre a competência da Justiça, matéria tratada exclusivamente pela Constituição Federal. A omissão, entretanto, não causa qualquer percalço, bastando aplicar as regras já mencionadas do art. 109 da CF.

Não concordo com o entendimento de que, somente pelo fato de a pessoa jurídica lesada pelo ato ilícito impugnado ser uma daquelas constantes do art. 109, I, da CF, a competência já seria da Justiça Federal[24]. Conforme o dispositivo constitucional, exige-se a presença desses sujeitos na demanda judicial, de modo que um mero interesse econômico e/ou político, mantendose a pessoa jurídica de direito público fora da relação jurídica processual, não parece ser o suficiente para a determinação da competência da Justiça Federal.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, entretanto, a competência da Justiça Federal para o julgamento de ações coletivas, além das hipóteses previstas pelo art. 109 da CF, também incluirá processos que envolvam interesses nitidamente federais em razão da natureza dos bens e dos valores jurídicos que visa tutelar[25].

Interessante questão se coloca na hipótese de verba repassada pela União para outros entes federativos. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, uma vez incorporada a verba advinda de convênios firmados com a União ao patrimônio municipal ou estadual, a competência para apreciação e julgamento do feito é da Justiça Estadual, pois a União perde interesse no

[24] Oliveira, Improbidade, 10.4, p. 364; Costa, O processo, p. 249; Alves-Pacheco, Improbidade, 7.2, p. 695.

[25] STJ, 1ª Turma, REsp 1.100.698/PR, rel. Min. Francisco Falcão, j. 05.05.2009, *DJe* 20.05.2009; STJ, REsp 876.936/RJ, rel. Min. Luiz Fux, j. 21.10.2008, *DJe* 13.11.2008.

controle da destinação e uso da verba pública[26]. O entendimento, inclusive, está sumulado quanto ao repasse ao Município[27]. Registre-se apenas o entendimento consagrado na Súmula 208/STJ, que prevê a competência da Justiça Federal para processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal.

Pela relevância do Ministério Público nas ações coletivas, conforme detidamente analisado no Capítulo 11, é importante registrar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, apesar de o Ministério Público Federal não constar expressamente do rol previsto no art. 109 da CF, especialmente em seu primeiro inciso, sua presença na ação – coletiva ou individual – acarreta a competência da Justiça Federal, considerando que, por não ter personalidade jurídica, o Ministério Público Federal deve ser considerado como órgão da União e, como tal, estaria incluído no termo "União" expressamente previsto pelo art. 109, I, da CF[28].

Há doutrina, na qual me incluo, que entende ser a simples presença na demanda do Ministério Público Federal incapaz de gerar a competência da Justiça Federal, devendo a norma constitucional ser interpretada restritivamente. Sem nenhuma indicação legal no sentido de apontar tal competência, não se afigura correta qualquer interpretação ampliativa. Por outro lado, além da omissão legislativa – que não pode ser utilizada como argumento de autoridade –, não há nenhuma previsão constitucional (arts. 127 a 129 da CF), tampouco do Estatuto do Ministério Público da União (LC 75/1993), que preveja essa limitação de atuação do Ministério Público Federal à Justiça Federal, sendo plenamente viável sua atuação perante outras Justiças[29].

Corrente doutrinária entende que à regra de competência do local do dano nas ações coletivas aplica-se a regra de "competência por delegação" prevista pelo art. 109, §§ 3º e 4º, da CF. A delegação nesse caso se justificaria em razão de o processo se desenvolver perante o local do dano como forma de presumidamente garantir uma tutela jurisdicional de melhor qualidade. A justificativa para o legislador ter criado uma regra de competência territorial absoluta (situação excepcional) é justamente o contato mais direto do juiz com os elementos probatórios a serem colhidos e até mesmo com a repercussão do ato praticado na comunidade. A transferência de uma demanda para outra cidade, em que exista vara federal, colocaria em xeque tal justificativa, afastando o juiz do local do dano e, em tese, prejudicando a própria entrega da prestação jurisdicional[30].

[26] STJ, 2ª Turma, REsp 1.070.067/RN, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 02.09.2010, *DJe* 04.10.2010; STJ, 1ª Seção, AgRg no CC 107.457/PA, rel. Min. Herman Benjamin, j. 14.04.2010, *DJe* 18.06.2010.

[27] Súmula 209/STJ: "Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal".

[28] STJ, 1ª Turma, 1ª Seção, CC 39.111/RJ, Rel. Luiz Fux, *DJ* 28.02.2005.

[29] Bermudes, Direito, pp. 326-329; Mendes, *Competência*, p. 62; Didier Jr., *Direito*, p. 161.

[30] Nery-Nery, *Código*, p. 1.315; Grinover, *Código*, p. 777; Leonel, *Manual*, p. 219.

Esse entendimento, entretanto, não foi o mesmo que o Supremo Tribunal Federal teve sobre o tema, o que gerou inclusive o cancelamento da Súmula 183 do Superior Tribunal de Justiça. Para o Tribunal Supremo, a inexistência de norma expressa no sentido da delegação de competência impede a sua aplicação nas ações coletivas, de modo que a demanda de competência da Justiça Federal deverá sempre ser proposta em vara federal, ainda que esta se situe em local diverso daquele em que se verificou o dano. Na realidade, entende-se que, na Justiça Federal, por local do dano tem-se a seção judiciária, de forma que a regra do art. 2º da Lei 7.347/1985 seria sempre cumprida[31].

7.6. REGRA DE COMPETÊNCIA ABSOLUTA

7.6.1. Competência absoluta: funcional ou territorial?

Parece não haver dúvida na doutrina e na jurisprudência a respeito da natureza absoluta da competência no âmbito da tutela coletiva. É natural que a competência da Justiça e do juízo no caso concreto seja sempre de natureza absoluta, mas o traço distintivo na tutela coletiva é que a competência do foro também é absoluta, diferente do que ocorre, ao menos como regra, na tutela individual.

A competência do foro no âmbito do núcleo duro do microssistema coletivo é regulada pelos arts. 2º da LACP e 93 do CDC. No art. 93 do CDC não há qualquer previsão a respeito da natureza da competência lá determinada, mas no art. 2º da LACP há previsão expressa da competência funcional do local do dano, o que demonstra de forma indiscutível a natureza absoluta da competência ali prevista.

Uma vez previsto expressamente no art. 2º da LACP que a competência do foro para as demandas coletivas é funcional, pode-se afirmar que a natureza dessa competência estaria resolvida por determinação legal. Ocorre, entretanto, que a simples previsão de uma espécie de competência não é suficiente para determinar sua natureza[32], de forma que continua a existir a dúvida a respeito de ser a regra de competência do foro do local do dano de natureza funcional ou territorial, ainda que, nesse segundo caso, excepcionalmente absoluta.

A origem da questão remonta à criação de Chiovenda de uma espécie de competência funcional resultante da maior facilidade e eficácia no exercício da função jurisdicional em um determinado território[33]. O problema gerado por tal construção é deixar transparecer a ideia – amplamente dominante na doutrina nacional – de que a fixação de competência em um determinado território

[31] STF, Pleno, RE 228.955/RS, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJU* 24.03.2000. Esse sempre foi o entendimento de Mazzili, *A defesa*, pp. 223-224.

[32] Dinamarco, Instituições, p. 530; Mazzilli, A defesa, p. 212.

[33] Chiovenda, *Instituições*, p. 187.

possa ter caráter funcional, o que não se coaduna com o conceito clássico de competência funcional. Se a competência é de foro (circunscrição territorial), só pode ser territorial.

O debate a respeito da espécie de competência do local para o julgamento das ações coletivas, entretanto, é meramente acadêmico. Há os que entendem se tratar de competência funcional[34], nos termos das lições de Chiovenda; há os que reputam se tratar de competência territorial[35], posicionamento que considero o mais adequado; e até aqueles que defendem uma espécie híbrida de competência, reunindo a funcional e a territorial[36]. No que mais importa, entretanto, todos concordam: trata-se de competência absoluta de um determinado foro para julgar a ação coletiva.

7.6.2. Local do dano

O art. 2º da LACP prevê que a competência para a ação coletiva é do local do dano, enquanto o art. 93 do CDC, em seu inciso I, repete a mesma regra para dano de âmbito local e ainda considera a ação coletiva preventiva ao prever a competência do local onde deva ocorrer o dano. É verdade que melhor teria sido prever o local onde deva ser praticado o ato ilícito, já que a tutela preventiva não depende de potencial dano, bastando para sua concessão a iminência da prática de um ato contrário ao Direito. De qualquer forma, a norma deve ser elogiada por se lembrar da tutela coletiva preventiva. Em seu inciso II, o art. 93 do CDC prevê a competência do foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil nos casos de competência concorrente.

Não há razões para elogiar o art. 93 do CDC, salvo pela lembrança da tutela coletiva preventiva. Embora criticável o dispositivo, o Superior Tribunal de Justiça corretamente entende que sua aplicação não está limitada aos direitos individuais homogêneos, tampouco à seara consumerista, tratando-se de norma aplicável em todas as ações civis públicas[37].

Entendo que há dois graves problemas gerados por esse dispositivo legal, não havendo qualquer contribuição de suas regras para a necessária segurança jurídica ou mesmo qualidade da prestação jurisdicional.

A primeira crítica dirigida ao dispositivo legal diz respeito a sua total despreocupação em conceituar as diferentes abrangências de dano que menciona (local, regional e nacional). Nem mesmo parâmetros que poderiam ajudar na análise do caso concreto são fornecidos pelo referido dispositivo. Naturalmente

[34] Nery-Nery, Código, p. 494. No mesmo sentido, Barbi, Comentários, p. 320; Fidélis dos Santos, Manual, p. 150; Fux, Curso, p. 99; Marinoni-Mitidiero, Código, p. 165.

[35] Mancuso, Ação civil pública, p. 66; Theodoro Jr., Curso, p. 162; Gusmão Carneiro, Jurisdição, p. 90.

[36] Marcato, Breves, p. 29; Vincenzi, Competência, pp. 274-275; Greco Filho, Direito, p. 205; Pizzol, A competência, p. 172.

[37] Informativo 468/STJ, 3ª Turma, REsp 1.101.057/MT, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07.04.2011.

que deixando a missão de conceituação de tais abrangências exclusivamente à jurisprudência e à doutrina, o resultado seria – como de fato o é – a insegurança jurídica. De qualquer forma, tenta-se explicar o que significa dano local, regional e nacional.

A análise se inicia pelo que deve ser entendido como *dano de âmbito local*. Parece que nesse caso o dano não terá repercussão muito ampla, estando limitado a produtos ou serviços que atingirão tão somente pessoas domiciliadas em pequena área territorial, sendo a característica principal a pequena extensão geográfica do dano. Nesse caso, o art. 93, I, do CDC indica o foro do lugar como competente, e assim o deverá ser. No caso de o dano atingir mais de uma comarca, a competência entre elas se resolverá pelo fenômeno da prevenção, ainda que as comarcas pertençam a diferentes Estados. O mesmo ocorrerá com diferentes seções judiciárias, mesmo que de regiões distintas. Os danos de maior repercussão poderão ser *regionais*, quando afetarem pessoas espalhadas por uma área mais extensa, abrangendo uma área que possa ser considerada uma região, ou *nacionais*, quando atingirem pessoas em diferentes áreas, sendo gerado praticamente em todo o território nacional.

Como se pode notar, não é fácil a distinção entre dano local, regional e nacional, ainda que a distinção entre dano regional e nacional seja inócua para a definição da competência. A dificuldade pode ser sentida nas lições de autorizada especialista no tema, segundo quem o dano local é mais restrito, atingindo pessoas residentes "num determinado local", enquanto será regional ou nacional o produto ou serviço que gerar danos mais amplos, de modo a atingir "pessoas espalhadas por uma inteira região ou por todo território nacional"[38].

Para o Superior Tribunal de Justiça, é regional o dano mesmo quando atinge sujeitos domiciliados dentro de um mesmo Estado da Federação, desde que espalhados em vários locais diferentes[39], e nacional, o que interessa a três Estados da Federação[40], ou que atinja consumidores de mais de uma região[41], dando a entender que o dano local é reservado a uma comarca ou ainda a um pequeno grupo de comarcas dentro do mesmo Estado, levando em conta que há decisão que considera como dano regional aquele que atinge oito comarcas, mas de diferentes Estados da Federação.

Para os casos de dano regional ou nacional, o art. 93, II, do CDC apontou como competente o foro da Capital do Estado (no caso de dano regional, naturalmente de um dos Estados envolvidos) ou do Distrito Federal. Haverá nesse caso uma competência concorrente entre tais foros, sendo a competência fixada concretamente por meio do fenômeno da prevenção. Registre-se a existência de

[38] Grinover, *Código brasileiro de defesa do consumidor*, p. 808.

[39] STJ, 3ª Turma, REsp 1.101.057/MT, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07.04.2011, *DJe* 15.04.2011; STJ, 2ª Turma, REsp 1.120.117/AC, rel. Min. Eliana Calmon, j. 10.11.2009, *DJe* 19.11.2009; STJ, 2ª Turma, REsp 448.470/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 28.10.2008, *DJe* 15.12.2009.

[40] STJ, 1ª Seção, CC 97.351/SP, rel. Min. Castro Meira, j. 27.05.2009, *DJe* 10.06.2009.

[41] STJ, 2ª Seção, CC 112.235/DF, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 09/02/2011, DJe 16/02/2011.

doutrina que entende que, no caso de dano nacional, o único foro competente deveria ser o do Distrito Federal[42], em entendimento afastado pelo Superior Tribunal de Justiça[43], que corretamente entende pela existência de foros concorrentes, exatamente como aponta a doutrina amplamente majoritária[44].

Importa notar a existência de doutrina[45] no sentido de que a competência em caso de dano nacional não deve ser livremente estabelecida entre as comarcas da capital dos Estados envolvidos e do Distrito Federal, cabendo uma análise no caso concreto a respeito de qual local seria o mais adequado a receber as demandas coletivas. Em interessante julgamento que definiu a competência de ação de improbidade administrativa, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que, mesmo havendo atos de improbidade em três Estados da Federação, a competência seria da capital do Estado no qual a maioria dos atos foi praticada e onde todos os réus eram domiciliados[46]. Trata-se do princípio da competência adequada, analisado no item 5.11.

A segunda crítica que deve ser feita ao art. 93 diz respeito à regra criada pelo seu inciso II, porque, a depender da situação concreta e/ou a vontade do autor, a ação coletiva terá como competente um foro no qual o dano discutido não foi gerado e em algumas situações bem distante do local onde ocorreu. Entendo que nesse caso a regra viola a própria razão de ser da competência absoluta das ações coletivas, porque, se a justificativa para impor a competência de um foro é a proximidade com as provas, pessoas e facilitação do exercício jurisdicional, como justificar uma regra que permite a competência de um foro em que nenhuma dessas vantagens existirá?

Basta imaginar um dano suportado por consumidores do Sul brasileiro, espalhados por inúmeras comarcas do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, inclusive as capitais de tais Estados. Pouco importa se tal dano é local ou nacional porque a regra aplicável será a mesma: competência corrente dos foros da Capital e do Distrito Federal. Caso o autor escolha qualquer uma das três capitais dos Estados afetados, não haverá violação a regra prevista no art. 2º da LACP, porque a ação terá como competente um foro no qual ocorreu o dano. E se a opção for o Distrito Federal?

Será ainda mais dramática a hipótese de dano que atinja comarcas de Estados diferentes sem, entretanto, afetar suas capitais. Nesse caso, independentemente da escolha do autor – entre as capitais dos Estados atingidos ou Distrito Federal – a ação coletiva será proposta e seguirá em foro onde não ocorreu o dano discutido na demanda.

[42] Grinover, Código, p. 779; Araújo Filho, Comentários, p. 126.

[43] STJ, 1ª Turma, AgInt no AREsp 758.361/TO, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 21/08/2018, DJe 18/09/2018; STJ, 1ª Seção, AgRg no CC 118.023/DF, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 28.03.2012, *DJe* 03.04.2012.

[44] Mendes, Ações coletivas, pp. 237-238; Mazzilli, A defesa, pp. 220-221.

[45] Didier Jr.-Zaneti Jr., *Curso de direito processual civil*, v. 4, p. 139.

[46] STJ, 1ª Seção, CC 97.351/SP, rel. Min. Castro Meira, j. 27.05.2009, *DJe* 10.06.2009.

Não é preciso muito esforço para notar que nem todos os foros considerados como competentes pelo art. 93, II, do CDC, nas ações coletivas que versam sobre dano regional ou nacional, serão afetados por tal dano, de forma que a aplicação do dispositivo legal no caso concreto poderá significar o desrespeito à regra consagrada no art. 2º da LACP que prevê como competente absoluto (funcional) o foro do local do dano.

7.6.3. ECA e Estatuto do Idoso

O art. 209 do ECA prevê como competente para as ações coletivas que tenham como fundamento os direitos por ele tutelados o foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão impugnada na demanda. Conforme lembra a melhor doutrina, a regra é diferente daquela prevista no art. 2º da LACP, e sobre ela deve prevalecer, mas nem por isso deixa de ser norma de competência absoluta[47].

Quanto à competência do juízo, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado de preferir a qualquer outra regra de competência absoluta a da vara da infância e juventude (em razão da matéria)[48].

Prevê o art. 80 da Lei 10.741/2003 que as ações dispostas no Capítulo que trata da tutela coletiva em favor dos idosos serão propostas no foro do domicílio do idoso, cujo juízo terá competência absoluta para processar a causa, ressalvadas as competências da Justiça Federal e a competência originária dos Tribunais Superiores. Mais uma vez há regra diversa daquela indicada no núcleo duro do microssistema coletivo, mantendo-se, entretanto, sua natureza absoluta.

Nesse caso, no entanto, autorizada doutrina entende que, mesmo havendo dispositivo específico no Estatuto do Idoso, deve prevalecer a regra constante do núcleo duro do microssistema, levando-se em conta o dano, e não o domicílio dos idosos[49]. Afirma-se corretamente que, se as justificativas para a criação de uma regra de competência absoluta são a facilitação e a eficácia da tutela jurisdicional, de pouca valia será o local do domicílio dos idosos, sendo muito mais interessante ao atendimento dessas justificativas considerar o local do dano como competente.

7.6.4. Mandado de segurança coletivo

As regras aplicáveis ao mandado de segurança individual quanto à competência devem ser aplicadas integralmente ao mandado de segurança coletivo.

Ainda que, pessoalmente, não considero a autoridade coatora ré no mandado de segurança, é preciso reconhecer que sua figura é de extrema importância no

[47] Assagra, p. 461. No mesmo sentido: STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 871.204/RJ, rel. Min. Francisco Falcão, j. 27/02/2007; DJ 29/03/2007 p. 234.

[48] STJ, 2ª Turma, REsp 1.684.694/MA, rel. Min. Herman Benjamin, j. 21/11/2017, DJe 19/12/2017.

[49] Yarshell, Competência no Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003). Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 12 mai. 2005; Godinho, A proteção, 6.6, p. 208.

tocante à fixação da competência dessa espécie de ação. Segundo entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, a competência será estabelecida em razão da função ou da categoria funcional da autoridade apontada como coatora na petição inicial[50].

Justamente em razão desse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça considera que a competência para o mandado de segurança é absoluta[51]. Naturalmente, quando a competência é originária do tribunal, ela é absoluta, de natureza funcional, mas o interessante é notar que, também nos mandados de segurança em primeiro grau, a competência territorial é absoluta, porque, na realidade, não decorrem simplesmente do local competente, mas do local em que a autoridade coatora exerce suas funções institucionais.

A meu ver, a competência é absoluta, porque fixada em razão da pessoa – mais precisamente da função exercida por ela –, sendo a determinação do local competente – competência territorial – uma mera consequência da primeira definição. Seja como for, a natureza absoluta é a razão de ser incabível a exceção de incompetência no mandado de segurança, e não por não se admitir a suspensão do processo, como incorretamente apontado por parcela doutrinária[52].

Quando a competência para o julgamento do mandado de segurança for de juízo de primeiro grau, tanto na Justiça Estadual como na Justiça Federal, a competência territorial se determinará pelo local em que a autoridade coatora exerce suas funções[53].

Interessantes questões surgem quando há pluralidade de autoridades coatoras. Sendo a competência de primeiro grau e exercendo as autoridades coatoras suas funções no mesmo local, naturalmente não haverá qualquer problema na fixação da competência territorial. Na hipótese de as autoridades coatoras exercerem suas funções em diferentes locais, aplicar-se-á a regra consagrada no art. 46, § 4º, do CPC, de forma que caberá ao impetrante escolher entre os diferentes foros competentes[54]. Na hipótese de competência originária de tribunal, havendo mais de uma autoridade coatora com diferentes tribunais competentes para cada uma delas, a autoridade de hierarquia superior prevalece, o mesmo ocorrendo quando a competência relativamente a uma autoridade coatora é do primeiro grau e de outra é originária de tribunal[55].

7.6.5. Ação popular

Uma vez determinada a competência do primeiro grau de jurisdição para o julgamento da ação popular, que é a regra, aplica-se a previsão do art. 5º da

[50] STJ, 1ª Seção, AgRg no CC 104.730/PR, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 25.08.2010, *DJe* 15.09.2010.

[51] STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 1.078.875/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 03.08.2010, *DJe* 27.08.2010.

[52] Marinoni-Arenhart, *Procedimentos*, p. 252.

[53] Marinoni-Arenhart, *Procedimentos*, p. 244; Pizzol, *A competência*, p. 561; Sodré, *Mandado*, p. 136.

[54] Sodré, *Mandado*, p. 137.

[55] STJ, 3ª Seção, MS 4.167/DF, rel. Min. Anselmo Santiago, j. 25.06.1997, *DJ* 01.09.97, p. 40.720.

LAP, que deixa curiosamente de fixar a competência do foro (territorial). Nesse dispositivo há previsão somente da Justiça e do juízo competente, sem qualquer menção à regra de competência territorial aplicável. Vejo duas possibilidades para resolver a omissão legal: (a) busca-se a solução dentro do microssistema coletivo, aplicando-se por analogia a regra do art. 2º da LACP, lembrando a natureza absoluta dessa competência, ou (b) parte-se para o Código de Processo Civil, nas regras gerais de competência territorial, de natureza relativa.

Pessoalmente, compartilho do entendimento doutrinário que defende a aplicação da regra já constante no microssistema, o que inclusive manteria homogêneo o tratamento da competência do foro no âmbito da tutela coletiva. Ainda que o local nem sempre seja o mesmo (*vide* o art. 209 do ECA e o art. 83 do Estatuto do Idoso), a regra é sempre de competência absoluta. O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, tem entendimento diverso, determinando a aplicação por analogia das regras do Código de Processo Civil e transformando a competência territorial da ação popular na única competência relativa de todo o microssistema coletivo, também havendo opinião doutrinária nesse sentido[56].

Dessa forma, figurando no polo passivo a União, aplicam-se os arts. 51, parágrafo único, do CPC e 109, § 2º, da CF[57]. Cumpre inicialmente ressaltar que o termo *União*, contido tanto no art. 109, §§ 1º e 2º, da CF como no art. 51 do CPC, deve ser interpretado restritivamente, não se aplicando a regra prevista em tais dispositivos aos processos em que figurem como rés autarquias, fundações ou empresas públicas federais, que seguirão outras regras de competência, em especial as previstas nos arts. 46 e 53, IV, *a*, do CPC[58]. Figurando a União como ré da ação popular, portanto, o autor poderá optar entre a seção judiciária de seu domicílio, a do local em que houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda, aquela onde esteja situada a coisa objeto da demanda, ou a do Distrito Federal (é hipótese de competência concorrente, com escolha do autor).

Interessante notar que, apesar do litisconsórcio passivo necessário formado na ação popular, é a pessoa jurídica que determina a regra de competência territorial, sendo o local de domicílio das pessoas humanas que compõem o polo passivo irrelevante para fins de fixação de competência. Uma ação popular movida contra o Município de Vitória, por exemplo, ainda que tenha funcionários da Municipalidade como réus domiciliados em Vila Velha e beneficiados domiciliados em Cariacica, terá como foro competente a Comarca de Vitória. Trata-se de interessante hipótese de inaplicabilidade do art. 46, § 4º, do CPC.

[56] Costa, *O processo*, n. 3.4.1, p. 256.

[57] STJ, 1ª Seção, CC 107.109/RJ, rel. Min. Castro Meira, j. 24.02.2010, *DJe* 18.03.2010; STJ, 1ª Seção, CC 47.950/DF, rel. Min. Denise Arruda, j. 11.04.2007, *DJ* 07.05.2007, p. 252.

[58] Castro Mendes, *Competência*, p. 110-111; Theodoro Jr., *Curso*, v. 1, p. 163. A jurisprudência é nesse sentido: STJ, 5ª Turma, EDcl no AgRg no REsp 865.475/DF, rel. Min. Jane Silva, j. 18.09.2007; STJ, 1ª Turma, REsp 833.347/DF, rel. Min. José Delgado, j. 03.08.2006. Em sentido contrário, Dinamarco, *Instituições*, p. 506-507.

7.6.6. Ação de improbidade administrativa

A Lei 8.429/1992 é omissa quanto à competência, não determinando qual o foro competente para o julgamento da ação de improbidade administrativa. Aplicar-se-ia a regra constante no microssistema coletivo ou as regras consagradas no Código de Processo Civil?

Há doutrina que defende a aplicação das regras do Código de Processo Civil, devendo-se aplicar ao caso concreto a regra consagrada no art. 53, IV, "a", do CPC, que determina a competência do local do ato ou fato em ações de natureza reparatória[59]. Como um dos prováveis pedidos a ser formulado na ação de improbidade administrativa é o da condenação do(s) réu(s) ao ressarcimento do dano, seria o foro do local do ato de improbidade o competente para a demanda judicial. Nas demandas em que há somente lesão à moralidade administrativa, sem prejuízo ao erário, não haverá pedido condenatório de ressarcimento, sendo nesse caso inaplicável o art. 53, IV, "a", do CPC.

Não concordo com tal entendimento, firme no propósito de fazer valer a ideia de microssistema coletivo. Não havendo regra que determina a competência do foro de forma específica na Lei 8.429/1992, deve-se buscar no núcleo duro do microssistema a solução para tal questionamento. Conforme já analisado, no art. 2º da LACP existe regra que determina a competência do local do dano como absolutamente competente para o julgamento das ações civis públicas, devendo ser essa a regra aplicada à ação de improbidade administrativa[60]. Trata-se de competência absoluta, o que não ocorreria se aplicadas as regras do Código de Processo Civil.

Ainda que parcela da doutrina chegue a essa conclusão afirmando que a ação de improbidade administrativa é uma espécie de ação civil pública, é possível manter a conclusão divorciada da polêmica a respeito da natureza da ação de improbidade, devidamente analisada no item 4.1.4. Basta para isso fazer valer a ideia de microssistema coletivo.

Pode surgir questionamento a respeito de atos de improbidade administrativa que geram danos em diferentes foros. O art. 93, I, da Lei 8.078/1990 prevê ser do foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local, enquanto o inciso II do mesmo dispositivo prevê competência concorrente entre o foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional. Já tive oportunidade de fazer as devidas críticas ao dispositivo legal, que são totalmente cabíveis também à ação de improbidade administrativa.

O Superior Tribunal de Justiça preferiu decidir a questão de outra forma, sem a aplicação do art. 93 do CDC, desprezando a abrangência nacional do dano

[59] Costa, O processo, p. 262.

[60] STJ, 1ª Turma, AgInt no AREsp 758.361/TO, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, rel. p/ acordão Min. Benedito Gonçalves, j. 21/08/2018, DJe 18/09/2018; STJ, 1ª Seção, CC 143.698/PR, rel. Min. Regina Helena Costa, j. 26/04/2017, DJe 03/05/2017; Gajardoni; Cruz; Cerqueira; Gomes Jr., Favreto, Comentários, p. 307.

e preferindo atribuir a competência ao foro em que se reúne a maior parte dos elementos probatórios[61]. A decisão é interessante porque busca a *ratio* do art. 2º da Lei 7.347/1985 para definir a competência do foro em que, ao menos em tese, será mais facilmente exercida a função jurisdicional, supostamente com a prestação de um serviço jurisdicional mais eficiente. Trata-se de aplicação do princípio da competência adequada, devidamente analisado no item 5.11.

7.7. COMPETÊNCIA DE JUÍZO

Uma vez determinada a competência do foro, ter-se-á chegado à última etapa para a determinação da competência no caso concreto. É possível que existam no foro varas especializadas em razão da matéria ou da pessoa, sendo em ambos os casos hipótese de competência absoluta. Sempre que estiverem fixadas em norma de organização judiciária, determinarão a competência do juízo, em interesse geral da administração da Justiça.

As normas de organização judiciária criam varas especializadas, que concentram todas as demandas pertencentes a um determinado foro – geralmente da Capital ou de cidade de grande porte –, tomando-se por base matéria específica ou em razão da presença no processo de um determinado sujeito. O objetivo é bastante claro: especializar os servidores da justiça, inclusive e principalmente o juiz, o que teoricamente ensejará uma prestação jurisdicional de melhor qualidade. Vivemos, afinal, em tempos de especialização.

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, entende ser competência absoluta da Vara da Infância e Juventude o julgamento de ação civil pública quando fundamentada no Estatuto da Criança e Adolescente (ECA)[62].

Registre-se que, por se tratar da fixação de competência de juízo, somente após a fixação da competência do foro terá alguma relevância a existência ou não de vara especializada em razão da matéria. A vara especializada em razão da matéria ou da pessoa não modifica regra de competência de foro, só passando a ter importância após tal determinação.

[61] STJ, 1ª Seção, CC 97.351/SP, rel. Min. Castro Meira, j. 27.05.2009, *DJe* 10.06.2009.

[62] STJ, 2ª Turma, REsp 1.486.219/MG, rel. Min. Herman Benjamin, j. 25/11/2014, DJe 04/12/2014.

8

LEGITIMIDADE

Sumário: 8.1. Espécies de legitimidade – 8.2. Legitimados ativos: 8.2.1. Cidadão; 8.2.2. Ministério Público; 8.2.3. Associação; 8.2.4. Pessoas jurídicas da administração pública; 8.2.5. Defensoria Pública – 8.3. Legitimação ativa no mandado de segurança coletivo – 8.4. Legitimação ativa na ação de improbidade administrativa: 8.4.1. Introdução; 8.4.2. Pessoa jurídica interessada; 8.4.3. Ministério Público – 8.5. Processo coletivo especial – 8.6. Legitimados passivos: 8.6.1. Introdução; 8.6.2. Ação popular; 8.6.3. Ação de improbidade administrativa; 8.6.4. Mandado de segurança coletivo – 8.6.5. Legitimação passiva no processo coletivo especial – 8.7. Legitimação bifronte da pessoa jurídica de direito público: 8.7.1. Ação popular; 8.7.2. Ação de improbidade administrativa – 8.8. Classificação da legitimidade e litisconsórcio.

8.1. ESPÉCIES DE LEGITIMIDADE

Conforme tradicional lição doutrinária, a legitimidade para agir (*legitimatio ad causam*) é a pertinência subjetiva da demanda ou, em outras palavras, é a situação prevista em lei que permite a um determinado sujeito propor a demanda judicial e a um determinado sujeito formar o polo passivo dessa demanda[1]. Tradicionalmente afirma-se que serão legitimados ao processo os sujeitos descritos como titulares da relação jurídica de direito material deduzida pelo demandante[2], mas essa definição só tem serventia para a legitimação ordinária, sendo inadequada para a conceituação da legitimação extraordinária.

Na tutela individual a regra geral em termos de legitimidade é consagrada no art. 18, *caput*, do Novo CPC, ao prever que somente o titular do alegado direito pode pleitear em nome próprio seu próprio interesse, consagrando a legitimação ordinária, com a ressalva de que o dispositivo legal somente se refere à legitimação ativa, mas é também aplicável à legitimação passiva. A regra do sistema

[1] Araken de Assis, *Substituição*, p. 9.

[2] Theodoro Jr., *Curso*, n. 53, p. 68; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 116; Greco, *A teoria*, n. 2.7, p. 41; Pinho, *Teoria*, n. 12.5.2, p. 127; Fux, *Curso*, p. 160.

processual, ao menos no âmbito da tutela individual, é a legitimação ordinária, com o sujeito em nome próprio defendendo interesse próprio.

Excepcionalmente admite-se que alguém em nome próprio litigue em defesa do interesse de terceiro, hipótese em que haverá uma legitimação extraordinária. Apesar de o art. 18, *caput*, do Novo CPC prever que a legitimação depende de autorização expressa da lei, a melhor doutrina entende que, além da previsão legal, também se admite a legitimação extraordinária quando decorrer logicamente do sistema[3], como acontece com a legitimação recursal do advogado em apelar do capítulo da sentença que versa sobre seus honorários advocatícios.

Existe certo dissenso doutrinário a respeito da legitimação extraordinária e da substituição processual. Enquanto parcela da doutrina defende tratar-se do mesmo fenômeno, sendo substituto processual o sujeito que recebeu pela lei a legitimidade extraordinária de defender interesse alheio em nome próprio[4], outra parcela da doutrina entende que a substituição processual é uma espécie de legitimação processual[5]. Há aqueles que associam a substituição processual à excepcional hipótese de o substituído não ter legitimidade para defender seu direito em juízo, sendo tal legitimação exclusiva do substituído[6]. Para outros, a substituição processual só ocorre quando o legitimado extraordinário atua no processo sem que o legitimado ordinário atue com ele[7].

As explicações não convencem, sendo amplamente superior a corrente doutrinária que entende tratar-se a substituição processual e a legitimação extraordinária do mesmo fenômeno, sendo esse também o entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça[8]. Além disso, no âmbito da tutela coletiva parece não haver qualquer empecilho para a utilização do termo substituição processual, ao menos para aqueles que consideram haver no polo ativo uma legitimação extraordinária. Para tanto, basta lembrar que o titular do direito difuso, coletivo e individual homogêneo não é legitimado, ao menos por meio de ação coletiva, a defesa do direito em juízo. Portanto, mesmo para a corrente doutrinária que diferencia a legitimação extraordinária da substituição processual, na tutela coletiva não restará dúvida de que os legitimados são substitutos processuais e os titulares do direito, substituídos.

Existe corrente doutrinária que entende adequado restringir a legitimação extraordinária à tutela individual, afirmando que por meio dessa espécie de legitimação se defende em juízo um direito subjetivo singular de titularidade de pessoa determinada. Sendo o direito difuso, de titularidade da coletividade

[3] Nery-Nery, *Código*, p. 178; Barbosa Moreira, *Notas*, p. 33.

[4] STJ, AgRg no Resp 1.188.180/RJ, 2ª Turma, rel. Min. Castro Meira, j. 19.06.2012, *DJe* 03.08.2012; STJ, AgRg no Ag 1.279.714/PR, 5ª Turma, rel. Min. Hornildo Amaral de Mello Castro, j. 18.11.2010, *DJe* 29.11.2010; Dinamarco, *Instituições*, n. 548, p. 308; Theodoro Jr., *Curso*, n. 53, p. 68.

[5] Araken de Assis, *Substituição*, p. 16-17; Marinoni-Mitidiero, *Curso*, p. 101.

[6] Araken de Assis, *Substituição*, p. 16.

[7] Câmara, *Lições*, v. 1, p. 118.

[8] STJ, 3ª Turma, REsp 1.482.294/CE, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 09/06/2015, DJe 15/06/2015; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.188.180/RJ, rel. Min. Castro Meira, j. 19/06/2012, DJe 03/08/2012.

(sujeitos indeterminados e indetermináveis) ou coletivo, de titularidade de uma comunidade – classe, grupo ou categoria de pessoas (sujeitos indeterminados, mas determináveis) –, seria inaplicável a eles a legitimação extraordinária.

Sob forte influência dos estudos alemães a respeito do tema, defendem que a legitimação ativa nas ações que têm como objeto direito difuso ou coletivo é uma terceira espécie, chamada de legitimidade autônoma para a condução do processo. Trata-se, segundo essa corrente doutrinária, de legitimação diversa da extraordinária porque não se podem identificar os titulares do direito e na qual a lei elege determinados sujeitos para defenderem o direito daqueles que não poderão fazê-lo individualmente[9].

No tocante à tutela jurisdicional coletiva do direito individual homogêneo, a maior parte da corrente doutrinária que defende a existência dessa terceira espécie de legitimidade acredita ser aplicável a legitimação extraordinária para explicar a legitimidade dos autores coletivos[10]. Sendo a indeterminação dos titulares e a impossibilidade de tutelá-los individualmente a justificativa de adoção da legitimação autônoma para a condução do processo, é uma consequência natural a exclusão dessa espécie de legitimação nas ações coletivas que buscam a tutela de direito individual homogêneo.

Nunca fui totalmente convencido da necessidade da adoção pelo sistema processual brasileiro dessa terceira forma de legitimação, tendo a impressão de que limitar a legitimação extraordinária a direitos individuais é apenas não admitir sua adaptação à defesa dos direitos transindividuais. É natural que a legitimação extraordinária tenha surgido para a tutela de direitos individuais, mas essa origem não a impede de atualmente também ser aplicável aos direitos transindividuais. Há doutrina nesse sentido, defendendo ser extraordinária a legitimação ativa nas ações coletivas[11].

Seja como for, trata-se de questão meramente acadêmica, sem relevantes consequências práticas. O que mais importa – e isso é indiscutível, independentemente da teoria adotada – é que os legitimados coletivos não são titulares do direito que defenderão em juízo, e tais titulares não têm legitimidade ativa para defender seus direitos.

8.2. LEGITIMADOS ATIVOS

8.2.1. Cidadão

É francamente minoritária a corrente doutrinária que defende ser a legitimidade coletiva do cidadão ordinária[12], sendo majoritário o entendimento de

[9] Nery-Nery, *Código*, p. 1.443; Assagra, Direito, p. 499; Leonel, Manual, 5.2.2, p. 153.

[10] Nery-Nery, Código, p. 1.443; Leonel, Manual, 5.2.2, p. 153. Contra, pela legitimidade autônoma mesmo no direito individual homogêneo: Assagra, Direito, p. 499.

[11] Mazzilli, A defesa, p. 64-65; Zavascki, Processo coletivo, p. 76.

[12] Mancuso, *Ação*, p. 150-154; Silva, *Ação*, p. 184-186.

natureza extraordinária dessa legitimidade – ou autônoma para condução do processo[13] –, considerando que o cidadão na ação coletiva (popular) não defende direito próprio, mas sim direito difuso, cujo titular é a coletividade[14]. Ainda que o cidadão-autor da ação popular venha a ser beneficiado por um resultado positivo, esse efeito não decorrerá em razão de sua titularidade, mas em virtude de tal sujeito ser um membro da coletividade.

A legitimidade ativa do cidadão na tutela coletiva é limitada à ação popular, em decorrência da previsão contida no art. 1º, *caput*, da Lei 4.717/1965, não havendo qualquer indicação de tal legitimidade em leis subsequentes que versam sobre tutela coletiva, em especial os arts. 5º da LACP e 82 do CDC. Ao menos no que toca à previsão legal expressa, realmente o único texto legal que atribui legitimação ao cidadão é o art. 1º da LAP, que inclusive exclui outros sujeitos dessa legitimação, salvo na excepcional hipótese de sucessão processual pelo Ministério Público, nos termos do art. 9º da mesma lei.

Segundo parcela da doutrina, a opção do legislador foi clara em restringir a legitimidade do cidadão à ação popular, tendo considerado que a experiência não teria logrado o êxito esperado e mesmo experimentado em outros países[15]. Aponta-se para isso a existência de obstáculos multifacetários, de ordem econômica, social, técnica, cultura, política e jurídica. Diante de tal quadro, o legislador entendeu que, em leis subsequentes à da ação popular, o ideal seria não só diversificar o rol de legitimados, como excluir o cidadão de tal rol, o que efetivamente ocorreu até os dias atuais.

Existe doutrina crítica a respeito dessa limitação afirmando que o cidadão deveria ter uma legitimidade mais ampla[16], havendo inclusive parcela doutrinária que defende, mesmo diante da atual configuração legislativa, a legitimidade ativa do cidadão para a propositura de qualquer ação coletiva, com fundamento nos princípios da inafastabilidade da jurisdição e no devido processo legal[17]. No sentido de ampliar a legitimação do cidadão de forma expressa, foram frustradas as sugestões de reforma legislativa, tanto na criação de um Código de Processo Civil Coletivo como na reforma da Lei de Ação Civil Pública.

Interessante notar que, além de doutrina crítica a respeito dessa ampliação amparada na desconsideração de particularidades de direito comparado e desprezo dos graves problemas que a legitimação do cidadão gera na propositura da ação coletiva, em especial nos Estados Unidos[18], existe outra corrente doutrinária que, em vez de propugnar pela ampliação da legitimidade do cidadão para outras ações coletivas, defende uma ampliação dos legitimados à propositura da

[13] Assagra, *Direito*, p. 404; Abelha Rodrigues-Klippel, *Comentários*, p. 186; Leonel, *Manual*, p. 159; Scarpinella, v. 2, III, p. 136.

[14] Zavascki, *Processo*, n. 7.3.2, p. 164-165; Carvalho Filho, *Ação*, p. 124-125; Vigliar, *Ações*, p. 135.

[15] Venturi, *Processo*, p. 169.

[16] Ferraresi, *A pessoa*, p. 137-143.

[17] Mendes, Ações, p. 256-257.

[18] Gidi, *Rumo*, p. 224-232.

ação popular, com a inclusão de pessoas jurídicas ou entidades públicas[19] e do Ministério Público[20] no rol de legitimados ativos. Nesse sentido, por exemplo, a ação popular portuguesa, que prevê outros sujeitos, além do cidadão, como legitimados ativos[21].

Nesse caso, entretanto, fica a pergunta: se os legitimados coletivos têm legitimidade para ingressar com ação civil pública para tutelar exatamente os mesmos bens tutelados pela ação popular, qual seria a utilidade prática de ampliar a legitimação da ação popular? Como não vejo qualquer utilidade prática em tal ampliação não chego a me incomodar com decisões do Superior Tribunal de Justiça que estendem a legitimidade ativa do Ministério Público para a ação popular[22].

Ainda que se concorde que a ação popular tem, ao menos abstratamente, grande importância sob a ótica dos escopos políticos do processo, incrementando a participação popular de controle da administração pública por meio de ação judicial, é inegável que tal ação atualmente é privilégio de poucos, estando concentrada fundamentalmente nas mãos de acadêmicos e operadores do direito, serventuários públicos e políticos. Sem falar em sua utilização deturpada com o único e exclusivo objetivo de criar algum tipo de embaraço a adversários políticos.

A realidade mostrou que o cidadão genuíno ainda não tem um grau de cidadania suficiente para compreender tampouco disposição para utilizar de maneira adequada a ação popular. Nesse sentido, foi feliz o legislador ao ampliar o rol de legitimados coletivos em leis que se seguiram à da ação popular, ainda que se possa questionar o acerto na exclusão do cidadão desse rol de legitimados. A substituição pura e simples dos legitimados atuais pelo cidadão para todas as ações coletivas está fora de cogitação, podendo significar um retrocesso sem precedentes no campo da tutela coletiva.

A mera inclusão do cidadão como colegitimado para a propositura de ações coletivas com os demais sujeitos previstos nos arts. 5º da LACP e 82 do CDC seria medida interessante, que poderia inclusive funcionar como incentivo a uma maior participação do cidadão, sem colocar em risco as conquistas obtidas até o momento. De qualquer modo, essa ampliação ou modificação drástica da legitimidade ativa coletiva passa necessariamente por modificação legislativa, podendo, portanto, ser consideradas apenas como *de lege ferenda*.

A realidade legislativa atual cria duas limitações. Primeiro, é restrita ao cidadão a legitimidade ativa da ação popular, com entendimento sumulado que exclui a pessoa jurídica dessa legitimidade[23], também não se admitindo compor

[19] Barbosa Moreira, *A proteção*, p. 177-178; Rodrigues, Ação, p. 278.

[20] Fux, *Curso*, p. 173.

[21] Grinover, *A ação*, p. 51-52.

[22] STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 746.846/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, j. 15/12/2015, DJe 05/02/2016; STJ, 1ª Turma, AgRg no Ag 1.249.132/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 24/08/2010, DJe 09/09/2010.

[23] Súmula 365/STF.

o polo ativo, ao menos não originariamente, Estado-membro da Federação[24]. Segundo, a legitimação do cidadão é exclusiva para essa espécie de ação coletiva.

Uma vez estabelecida a legitimação exclusiva do cidadão para a propositura da ação popular ora analisada, é preciso determinar o conceito de cidadão aplicável à legitimidade ativa dessa espécie de ação coletiva.

Interessante notar na doutrina explicação para a opção do legislador, limitando o conceito de cidadania no tocante à legitimidade ativa da ação popular ao fato de que somente aquele que está no pleno gozo de seus direitos políticos pode fiscalizar por meio da ação popular os representantes que elege e, por consequência, todos os demais agentes encarregados da gestão da coisa pública[25]. Por outro lado, há doutrina crítica que vê a limitação como herança da época ditatorial, na qual a Lei 4.717/1965 foi criada[26], enquanto outra parcela doutrinária critica a opção do legislador pautada no princípio da dignidade da pessoa humana[27]. Ainda que com fundamentos distintos, essa corrente doutrinária minoritária defende um conceito mais amplo de cidadania, considerando-se como cidadão legitimado todo brasileiro ou estrangeiro residente no Brasil, ainda que não no gozo de seus direitos políticos[28].

Ainda que exista doutrina minoritária a defender uma interpretação mais ampliativa, a doutrina amplamente majoritária concorda em associar o conceito de cidadão ao de eleitor, considerando que cabe ao cidadão eleitor, no pleno gozo de seus direitos políticos, a propositura da ação popular[29]. Tanto assim que o art. 1º, § 3º, da Lei 4.717/1965 (LAP) prevê que a prova da cidadania será feita com o título eleitoral ou com documento que a ele corresponda. Como se pode notar, o legislador se satisfaz com a cidadania mínima (capacidade de poder votar), dispensada a existência de cidadania máxima (capacidade de ser votado para qualquer cargo eletivo).

Apesar dessa associação dos conceitos de cidadão e eleitor, é importante lembrar que a legitimidade é do cidadão, e não do eleitor. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de decidir que a condição de eleitor não é condição de legitimidade, mas o título de eleitor é utilizado apenas como prova documental da cidadania exigida à propositura da ação popular, concluindo ser irrelevante o domicílio eleitoral do autor, que poderá litigar contra ato praticado em local diverso de onde exerce seu direito ao voto[30].

Em tese, somente o brasileiro poderá ser tido como cidadão eleitor, até porque não se admite aos estrangeiros o alistamento como eleitor, nos termos do

[24] STF, Tribunal Pleno, Pet 3.388/RR, rel. Min. Carlos Britto, j. 19.03.2009, *DJe* 25.09.2009.
[25] Mancuso, *Ação*, p. 144.
[26] Abelha Rodrigues-Klippel, *Comentários*, p. 185-186.
[27] Almeida, *Manual*, p. 367.
[28] Pacheco, *O mandado*, p. 563-565.
[29] Barbosa Moreira, *A legitimação*, p. 186; Zavascki, *Processo*, p. 100; Meirelles-Wald-Mendes, *Mandado*, p. 183; Mancuso, *Ação*, p. 143-144.
[30] STJ, 2ª Turma, REsp 1.242.800/MS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 07.06.2011, *DJe* 14.06.2011.

art. 14, § 2º, da CF. Ocorre, entretanto, que, por uma questão de reciprocidade, garantida no art. 12, § 1º, da CF, admite-se que o cidadão português, desde que residente no Brasil, tenha legitimidade para a ação popular, considerando-se a possibilidade da propositura em Portugal dessa espécie de ação coletiva por brasileiro que lá tenha residência fixa[31].

A legitimidade ativa do cidadão é uma das condições da ação popular, não devendo por isso ser confundida com outros institutos processuais. Portanto, é incontestável que o cidadão não tem, ao menos em regra, capacidade postulatória, considerada um dos pressupostos processuais subjetivos, sendo indispensável a presença de um advogado, salvo na hipótese de o cidadão autor ser advogado[32]. Interessante a posição do promotor de justiça, que, como cidadão, tem legitimidade para a propositura da ação popular em nome próprio, mas que necessitará de um advogado constituído para isso, considerando que sua capacidade postulatória é limitada ao exercício das funções institucionais do Ministério Público, que não abrange a propositura da ação popular.

Causa intenso debate a questão da capacidade de estar em juízo do autor da ação popular quando o cidadão eleitor tem entre 16 e 18 anos. Estando no gozo de seus direitos políticos, tem ele legitimidade ativa para a ação popular, mas, sendo considerado pela lei civil relativamente incapaz, não tem capacidade de estar em juízo, que é um dos pressupostos processuais subjetivos.

Majoritariamente a doutrina entende que, sendo a ação popular a representação de exercício de um direito político, a outorga de legitimidade ativa ao relativamente incapaz lhe dá automaticamente a capacidade de estar em juízo[33]. Entende-se que, sendo capaz de exercer o direito político máximo de votar em seus representantes, o sujeito maior de 16 anos e menor de 18 anos também teria capacidade de exercer mais um direito político, qual seja, controlar os eleitos por meio da ação popular[34]. Por outro lado, há doutrina que defende a emancipação do eleitor, nesse caso, a justificar sua capacidade de estar em juízo[35].

Para corrente doutrinária minoritária, não se deve confundir legitimidade (condição da ação) com capacidade de estar em juízo (pressuposto processual), de forma que será indispensável a presença de representação processual para assistir o autor na hipótese ora analisada[36].

Prefiro o entendimento doutrinário majoritário, não havendo qualquer sentido exigir-se do autor da ação popular a presença de um representante processual para que tenha capacidade de estar em juízo. Seria como permitir ao

[31] Dinamarco, Comentários, p. 46.
[32] STJ, 4ª Turma, REsp 450.919/MA, rel. Min. Humberto Martins, j. 15.08.2006, *DJ* 28.08.2006, p. 254; STJ, 5ª Turma, REsp 527.963/DF, rel. Min. Laurita Vaz, j. 17.10.2006, *DJ* 04.12.2006, p. 355.
[33] Rodrigues, *Ação*, p. 278.
[34] Nery Jr.-Nery, *Código*, p. 189; Scarpinella Bueno, Curso, v. 2, III, p. 138.
[35] Pacheco, *O mandado*, p. 569-570; Mancuso, Ação, p. 154-155; Nery Jr.-Nery, *Código*, p. 189.
[36] Dinamarco, *Comentários*, p. 48-49.

relativamente incapaz o mais – votar – e não o menos – controlar as atividades dos administradores públicos.

8.2.2. Ministério Público

O estudo da legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento das ações coletivas é de extrema importância para a tutela coletiva, considerando-se que, mesmo sem dados estatísticos confiáveis, é praticamente unânime a opinião doutrinária de que o Ministério Público é o legitimado mais atuante, responsável pela propositura da maioria das ações coletivas[37]. Essa é uma constatação empírica, e as razões de ser dessa realidade dividem a comunidade jurídica, por vezes em posições radicalmente antagônicas.

Defender de forma radical essa maior presença do Ministério Público no polo ativo de ações coletivas como decorrência de um maior preparo e disposição ou de um indevido intrometimento em busca dos holofotes e do poder é apequenar o debate. Naturalmente, ao Ministério Público é fonte de poder relevante não só a legitimidade ativa para a propositura da ação coletiva, mas sua predominância na propositura de tais ações. Por outro lado, deve-se reconhecer que os demais legitimados têm pequena participação – que na realidade vem aumentando – em razão de sua falta de preparo e disposição na propositura das ações coletivas.

Entendo que o aprimoramento de nossa democracia, com um aumento lento, mas progressivo, da noção de cidadania e de participação social por meio do processo coletivo tende a diminuir a soberania do Ministério Público, passando a existir outros legitimados tão preparados e dispostos quanto os promotores de justiça ao ajuizamento da ação coletiva. De qualquer forma, a existência de um rol de legitimados ativos de diferentes espécies e naturezas é algo extremamente benéfico para a defesa dos direitos coletivos *lato sensu*, não devendo ser motivo de preocupação, e sim de conforto.

A legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento das ações coletivas está expressamente consagrada nos arts. 5º, I, da Lei 7.347/1985 (LACP) e 82, I, da Lei 8.078/1990 (CDC). Esses dispositivos, entretanto, não exaurem o tema, devendo ser interpretados à luz das funções institucionais constitucionalmente atribuídas ao Ministério Público por meio do art. 129 da CF.

Segundo o art. 129, III, da CF, é função institucional do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. A expressa previsão constitucional de tutela dos direitos difusos e coletivos permite a conclusão de que, para a defesa desses direitos em juízo, o Ministério Público não tem qualquer limitação em sua atuação. Qualquer direito dessa espécie que seja tutelável por meio de ação coletiva poderá ser protegido no caso concreto

[37] Barbosa Moreira, La iniciativa, p. 57; Mazzilli, *A defesa*, p. 327; Leonel, *Manual*, p. 182; Assagra, *Direito*, p. 513. Com dados estatísticos, ainda que pontuais e antigos Carneiro, *Acesso*, p. 192.

pelo Ministério Público, não se aplicando a esse legitimado ativo a regra da "pertinência temática"[38]. O texto constitucional é suficientemente claro ao se valer do termo "outros" para designar todo e qualquer direito coletivo ou difuso.

Na realidade, o tema é totalmente pacificado no tocante à defesa dos direitos difusos, em razão da indeterminabilidade dos sujeitos que serão beneficiados com a tutela jurisdicional. Não se pode dizer o mesmo no tocante aos direitos coletivos, cujos titulares (grupo, classe ou categoria de pessoas) são formados por sujeitos indeterminados, mas determináveis. Nesse caso, segundo parcela da doutrina, caberá ao Ministério Público, dentro de suas tradicionais limitações institucionais no processo civil, somente a propositura de ações coletivas que de alguma forma estejam amparadas em interesse social[39], havendo entendimento, inclusive, que assemelha a legitimidade nesse caso àquela existente na tutela dos direitos individuais homogêneos[40].

Pessoalmente não entendo viável a limitação da legitimidade ativa do Ministério Público na tutela dos direitos coletivos em razão do texto constitucional. É inegável que, ao prever expressamente entre as atribuições funcionais do Ministério Público a propositura de ações na tutela de direitos difusos e coletivos, o legislador constituinte afasta a possibilidade de qualquer interpretação limitativa.

Um pouco mais polêmica é a legitimidade do Ministério Público na defesa dos direitos individuais homogêneos, até porque não existe no art. 129 da CF uma expressa previsão que trate dessa legitimidade, como ocorre com os direitos difusos e coletivos. A simples exclusão de legitimidade do Ministério Público pela ausência dos direitos individuais homogêneos do art. 129, III, da CF desconsidera que o rol previsto em tal dispositivo legal é meramente exemplificativo, como fica claro da previsão contida no inciso IX do mencionado dispositivo, ao considerar função institucional do Ministério Público o exercício de outras funções não previstas expressamente no dispositivo, desde que compatíveis com sua finalidade. Ademais, não custa lembrar que a defesa dos direitos individuais homogêneos por meio de ação coletiva só foi consagrada em nosso ordenamento jurídico no Código de Defesa do Consumidor, do ano de 1990, e nossa Constituição Federal data de dois anos antes (1988)[41].

A questão, portanto, não é definir se existe ou não a legitimação do Ministério Público na defesa de direitos individuais homogêneos em razão de previsão constitucional, mas de definir em quais limites se admitirá essa legitimidade tomando-se por conta a necessidade de adequá-la às finalidades institucionais do Ministério Público. Mais uma vez entendo que a virtude não está nas soluções extremistas. Sendo incorreta a tese que defende a ilegitimidade nesse caso,

[38] STF, Tribunal Pleno, RE 511.961/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.06.2009, *DJe* 13.11.2009; STJ, 2ª Turma, REsp 933.002/RJ, rel. Min. Castro Meira, j. 16.06.2009, *DJe* 29.06.2009.

[39] Abelha Rodrigues e Klippel, *Comentários*, p. 37; Costa, *Comentários*, p. 394-396.

[40] Mazzilli, A defesa, p. 109.

[41] Mazzilli, A defesa, p. 107.

tampouco se deve admitir como correta a tese que advoga a legitimidade ampla e irrestrita, qualquer que seja a espécie de direito individual homogêneo.

Não obstante decisões do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido[42], a meu ver, não é razoável o entendimento de que, somente por se tratar de uma ação coletiva, todo e qualquer direito individual homogêneo veiculado já tenha relevância social suficiente a permitir a propositura da ação pelo Ministério Público. Apesar da opção do legislador por tratar processualmente de forma coletiva alguns direitos materiais essencialmente individuais, é desconsiderar a realidade equiparar todas as diferentes espécies de direitos individuais homogêneos reputando-os como detentores de repercussão social.

Nem mesmo o fundamento processual de que a ação coletiva em qualquer hipótese gera economia processual e harmonização de julgados, valores nitidamente associados com o interesse social da melhor qualidade da prestação jurisdicional[43], são suficientes para convencer do acerto da tese. Se assim o fosse, todo litisconsórcio seria necessário, bem como as intervenções de terceiro seriam obrigatórias, dado que, apesar de em extensão significativamente menor, nesses casos também se obtêm economia processual macroscópica e harmonização dos julgados.

Concordo com a doutrina que defende a natureza de interesse social dos direitos difusos e coletivos em razão de sua transindividualidade e indivisibilidade, o que já é suficiente para que todo direito dessas espécies seja considerado indisponível[44]. Dessa maneira, o art. 129, III, da CF, com a previsão de ampla legitimidade do Ministério Público na defesa de qualquer direito difuso ou coletivo, é plenamente compatível com o art. 127, *caput*, da CF, atendendo plenamente a função institucional prevista constitucionalmente. Reforço, portanto, a ideia de que nos direitos difusos e coletivos não existe "pertinência temática", sendo irrelevantes as circunstâncias do caso concreto, entendimento compartilhado pela jurisprudência dos tribunais superiores[45].

Segundo entendimento doutrinário[46] e jurisprudencial[47] amplamente majoritário, a legitimidade do *parquet* na defesa de direito individual homogêneo depende de duas circunstâncias alternativas: (a) direito indisponível; (b) direito disponível que, por sua importância e/ou extensão, tenha repercussão social. Registre-se a existência de corrente doutrinária minoritária que defende a legitimidade somente na hipótese de direito individual homogêneo indisponível, nos termos do art. 127, *caput*, da CF[48]. Se alguma dificuldade prática existe na distinção entre direito disponível e direito indisponível, tais dificuldades se potencializam na aferição concreta da relevância social exigida na hipótese de direito individual homogêneo disponível. De qualquer forma, é corrente a lição doutrinária de que a relevância social pode se manifestar pela natureza do dano (p. ex., saúde, segurança, ambiental); pelo número significativo de lesados; pelo interesse social no funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico (p. ex., questões referentes aos servidores públicos, poupadores, segurados)[49].

Superada a questão a respeito da legitimidade do Ministério Público na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos por meio de ação coletiva, cumpre analisar entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça no sentido de habilitar o Ministério Público à propositura de ação coletiva na defesa de direito individual indisponível. Nos termos do art. 127, *caput*, da CF, incumbe ao Ministério Público a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, sendo que tal previsão constitucional vem levando nossa jurisprudência à conclusão de legitimidade do Ministério Público em certas situações à propositura de ação coletiva para a defesa do direito de um indivíduo, desde que de natureza indisponível[50].

Não se pode desconhecer a diferença entre direito individual homogêneo e direito individual indisponível, sendo que, no primeiro, caso deve existir uma pluralidade de titulares de direitos individuais, independentemente da natureza do direito – indisponível ou disponível. Para haver homogeneidade, característica essencial do direito individual homogêneo, deve existir pelo menos mais de um direito individual, sendo classicamente conceituado esse direito como a soma de direitos individuais de origem comum. No direito individual não há homogeneidade, porque somente um direito não pode ser homogêneo ou heterogêneo. Essa distinção é reconhecida na maioria das decisões que admitem a legitimidade do Ministério Público na defesa de direitos individuais indisponíveis[51].

Entendo haver certa confusão entre legitimidade do Ministério Público como substituto processual do indivíduo titular de direito indisponível e a adequação procedimental de uma ação coletiva para a tutela jurisdicional desse direito. Ainda que se possa admitir a legitimidade ativa do Ministério Público nos termos do art. 127, *caput*, da CF, não vejo como, sem expressa previsão legal, defender que essa legitimação permita o ingresso de uma ação coletiva. Significa que a admissão de substituição processual do Ministério Público para litigar em nome próprio na defesa de interesses do titular de direito individual indisponível não

[42] Informativo 421/STJ, 3ª Turma, REsp 910.192-MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 02.02.2010; STJ, 1ª Turma, REsp 637.332/PR, rel. Min. Luiz Fux, j. 24.11.2004, *DJ* 13.12.2004, p. 242.

[43] Almeida, Direito, p. 514.

[44] Carvalho Filho, Ação, p. 127.

[45] STF, Tribunal Pleno, RE 511.961/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.06.2009, *DJe* 13.11.2009; STJ, 2ª Turma, REsp 933.002/RJ, rel. Min. Castro Meira, j. 16.06.2009, *DJe* 29.06.2009.

[46] Zavascki, *Processo*, p. 234-234-240; Castro Mendes, *Ações coletivas*, p. 247-248; Leonel, *Manual*, p. 190; Arruda Alvim, O MP e a tutela, p. 257-259; Zanellato, Sobre a defesa, p. 398-403.

[47] STF, 2ª Turma, RE. 514.023/AgRg/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, j. 04.12.2009, *DJe* 05.02.2010; STF, 2ª Turma, RE 472.489/AgRg/RS, rel. Min. Celso de Mello, j. 29.04.2008, *DJe* 29.08.2008; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.188.180/RJ, rel. Min. Castro Meira, j. 19/06/2012, DJe 03/08/2012; STJ, 4ª Turma, AgRg no AgRg nos EDcl no REsp 1.225.925/SP, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 05/05/2015, DJe 03/06/2015.

[48] Carvalho Filho, Ação, p. 129-130.

[49] Mazzilli, A defesa, p. 108.

[50] STF, 2ª Turma, RE 554.088 AgRg/SC, rel. Min. Eros Grau, j. 03.06.2008, *DJe* 20.06.2008; STJ, 2ª Turma, REsp. 1.156.930/RJ, rel. Min. Humberto Martins, j. 10.11.2009, *DJe* 20.11.2009.

[51] STJ, 2ª Turma, AgRg no Ag 1.156.930/RJ, rel. Min. Humberto Martins, j. 10.11.2009, *DJe* 20.11.2009; STJ, 1ª Turma, REsp 899.820/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 24.06.2008, *DJe* 01.07.2008.

corresponde de forma automática e meramente consequencial à possibilidade de propositura de ação coletiva.

Como já defendido no item 2.3, entendo que o microssistema coletivo não existe somente para a tutela jurisdicional de direitos transindividuais, como demonstra de modo claro o Código de Defesa do Consumidor ao adotar o microssistema na tutela de direitos individuais homogêneos, direitos essencialmente individuais com tratamento processual coletivo. Dessa forma, caso seja essa a vontade do legislador, não vejo qualquer empecilho para se aplicar o microssistema coletivo à tutela de direitos individuais indisponíveis, mas para isso é essencial a previsão legal expressa, o que demonstrará a sua intenção de estender ainda mais o campo de aplicação deste microssistema.

Interessante notar que as decisões que defendem a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação coletiva na defesa de direito individual indisponível de idoso vêm amparadas nos arts. 15, 74 e 79 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso)[52], sendo mais interessante para a tese ora defendida o art. 74, I, que prevê ser de competência do Ministério Público a instauração do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção de direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso. Como se pode notar, a justificativa da legitimidade para a ação coletiva nesse caso é legal, tanto quanto a existência de forma genérica para direitos difusos e coletivos na Lei de Ação Civil Pública e para os direitos individuais homogêneos no Código de Defesa do Consumidor.

No caso de tutela de menor, as decisões utilizam como fundamento os arts. 11, 201, V, 208, VI e VII, da Lei 8.069/1990 (ECA)[53], sendo mais relevante para o tema ora enfrentado o art. 201, V, que prevê ser de competência do Ministério Público a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência. Nesse caso é preciso um maior esforço hermenêutico, porque o legislador não prevê expressamente a tutela por ação coletiva dos direitos individuais homogêneos, podendo-se imaginar que, ao valer-se do termo "direitos individuais", haveria a necessidade de homogeneidade. De qualquer modo, é válida a interpretação de que o termo "direitos individuais" seja associado à sua natureza indisponível, o que seria o suficiente para demonstrar a legitimidade do Ministério Público na defesa de tais direitos por meio de ação coletiva.

Como se observa, nesses dois casos apresentados, referentes à tutela de direitos individuais indisponíveis de idoso, criança ou adolescente, há uma opção legislativa na atribuição ao Ministério Público de legitimação na tutela coletiva. É até possível trabalhar nessas situações legais por meio de interpretações ampliativas, tal como ocorre na proteção da gestante hipossuficiente, que ao ser internada em hospital em estado crítico tem direito protegido que repercute nos direitos à vida

[52] STJ, 1ª Seção, EREsp 695.665/RS, rel. Eliana Calmon, j. 23.04.2008, *DJe* 12.05.2008.

[53] STJ, 1ª Seção, AgRg no EREsp 837.591/RS, rel. Min. Castro Meira, j. 23.05.2007, *DJe* 11.06.2007, p. 259.

e à saúde do nascituro[54]. O que não parece legítimo é que qualquer titular de direito individual indisponível seja substituído processualmente pelo Ministério Público em uma ação coletiva, sem que para isso exista expressa previsão legal.

O entendimento ora defendido foi adotado por importante decisão do Superior Tribunal de Justiça que negou a legitimidade do Ministério Público em ação civil pública na qual se buscava a obtenção de medicamento em favor de pessoa carente de recursos, mas não inclusa na proteção do Estatuto do Idoso ou do Estatuto da Criança e do Adolescente[55]. Ainda assim, o julgado não é de todo elogiável, considerando-se que a questão da ilegitimidade – entende-se que caberia à Defensoria Pública a defesa do carente – não foi precedida pela da adequação da ação coletiva no caso concreto.

Entendo que, além de ser atribuição da Defensoria Pública a defesa do direito individual indisponível do hipossuficiente econômico, tal defesa não será instrumentalizada por ação coletiva, por ausência de previsão legal nesse sentido. A distinção é importante porque o Supremo Tribunal Federal considera que, nos locais em que a Defensoria Pública não exerça sua função constitucional de forma organizada, caberá a defesa do hipossuficiente econômico ao Ministério Público[56]. Nesses casos, entretanto, volto a ressaltar que, por ausência de expressa permissão legal, a defesa deverá ser exercida por meio de uma ação individual, nunca de natureza coletiva.

Registre-se, entretanto, que mais recentemente o mesmo Superior Tribunal de Justiça estendeu a legitimidade do Ministério Público em ação coletiva em tutela de direito individual indisponível além das expressas previsões legais, em postura devidamente criticada no item 6.5.

8.2.3. Associação

8.2.3.1. Introdução

A legitimidade ativa da associação está consagrada no art. 5º, V, da Lei 7.347/1985 e no art. 82, IV, da Lei 8.078/1990, sendo entendimento corrente na doutrina e jurisprudência a legitimação das associações para todas as espécies de direitos tutelados no microssistema coletivo. Dessa forma, poderá propor ações coletivas na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, ainda que seja mais comum sua atuação nos dois últimos casos.

Existem três requisitos cumulativos exigidos pelos art. 5º, V, *a* e *b*, da Lei 7.347/1985 e art. 82, IV, da Lei 8.078/1990: (a) constituição nos termos da lei civil; (b) existência jurídica há pelo menos um ano; (c) pertinência temática.

[54] STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.045.750/RS, rel. Min. Castro Meira, j. 23.06.2009, DJe 04.08.2009.

[55] STJ, 2ª Turma, REsp 620.622/RS, rel. Min. Eliana Calmon, j. 04.09.2007, *DJ* 27.09.2007, p. 247.

[56] STF, 1ª Turma, RE 147.776/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19.05.1998, *DJ* 19.06.1998, p. 136; STF, Dec. Monocrática, RE 432.423/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 09.09.2005, *DJ* 07.10.2005, p. 91.

8.2.3.2. Constituição nos termos da lei civil há pelo menos um ano

Os dois primeiros requisitos são tratados como se fossem um só, quando na realidade são requisitos diferentes, mas a existência de um depende inexoravelmente do preenchimento do outro. Significa que antes de tudo a associação deve ser devidamente registrada perante o órgão responsável (Registro Civil de Pessoas Jurídicas, nos termos do art. 45 do CC e arts. 114 e 119 da LRP), de forma que uma associação sem o devido registro cartorial não poderá jamais propor ação coletiva. Conforme ensina a melhor doutrina, a exigência legal tem como objetivo evitar a constituição oportunista de associações com o propósito exclusivo de propor ações coletivas[57].

O prazo de pelo menos um ano exigido da constituição da associação para permitir seu ingresso com ação coletiva é contado dessa constituição jurídica, perfeita e acabada. Registre-se a acertada opinião doutrinária no sentido de que, excepcionalmente, essa condição da ação passe a existir durante o processo, não havendo sentido na extinção do processo, por carência da ação, se no momento de análise das condições da ação já tiver transcorrido um ano da constituição da associação, condição que não estava preenchida no momento da propositura da demanda. Seja em aplicação do art. 493 do Novo CPC[58], seja em respeito aos princípios da economia processual e efetividade da jurisdição, como já reconheceu o Superior Tribunal de Justiça[59], essa excepcional forma de legitimação superveniente deve realmente ser admitida.

A exigência de existência jurídica há pelo menos um ano, entretanto, pode ser excepcionada, nos termos do art. 82, § 1º, do CDC[60]. Aparentemente são dois requisitos alternativos que justificam a legitimidade ativa de associação com menos de um ano de existência jurídica.

O primeiro requisito é o manifesto interesse social que envolva a causa, que seria evidenciado, segundo o dispositivo legal ora comentado, pela dimensão ou característica do dano. Provavelmente por considerar que toda e qualquer ação coletiva contém um manifesto interesse social, o legislador achou por bem qualificar tal circunstância, valendo-se, para tanto, de conceitos jurídicos abertos e indeterminados. O que efetivamente se deve compreender por dimensão e características do dano?

Tudo faz crer que o legislador tenha levado em consideração o aspecto subjetivo e objetivo do dano suportado para justificar a exceção à regra legal ora analisada.

A dimensão do dano, portanto, diz respeito ao número de sujeitos que o suportam, e o legislador deu a entender que danos coletivos de menor extensão,

[57] Costa, Comentários, p. 407.

[58] Shimura, Tutela coletiva, p. 89.

[59] STJ, 3ª Turma, REsp 705.469/MS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 16.06.2005, *DJ* 01.08.2005, p. 456.

[60] STJ, 3ª Turma, AgRg nos EDcl no REsp 1.384.891/SC, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 05/05/2015, DJe 12/05/2015.

porque limitados a pequeno grupo de pessoas e/ou a poucos indivíduos, não justificariam a exceção ora analisada. Por esse raciocínio, todo direito difuso justificaria a aplicação do art. 82, § 1º, do CDC, considerando sua titularidade pela coletividade. A análise restaria limitada aos direitos coletivos e individuais homogêneos.

A característica do dano como requisito legitimador da exclusão da exigência legal ora analisada diz respeito ao aspecto objetivo do dano, parecendo o legislador ter criado uma gradação de danos, de forma que apenas naqueles mais sérios as associações poderiam litigar mesmo antes de existirem juridicamente por um ano. Novamente nas hipóteses de direitos difusos, dada à indisponibilidade do direito, será difícil criar qualquer tipo de gradação de dano. O que é pior, a poluição de um rio (violação do meio ambiente) ou a destruição de um prédio do século XVIII (patrimônio histórico e cultural)? Somente nos direitos coletivos e individuais homogêneos seria possível estabelecer uma gradação de relevância, ainda assim com alguma dificuldade.

O segundo requisito previsto pelo art. 82, § 1º, do CDC é a relevância do bem jurídico a ser protegido, e serve para demandas que não versam sobre dano. Ainda que sem a natureza reparatória própria do primeiro requisito, o legislador, ao indicar a relevância do bem jurídico a ser tutelado, cria uma gradação de relevância entre os bens da vida que podem ser tutelados por meio da ação coletiva, permitindo a legitimidade de associação com menos de um ano de existência jurídica somente naqueles de maior importância e/ou relevância social. Novamente, e pelas mesmas razões já expostas, o requisito deve ficar limitado aos direitos coletivos e individuais homogêneos.

Registre-se, por fim, parcela doutrinária que defende a inaplicabilidade do art. 82, § 1º, do CDC ao mandado de segurança coletivo, considerando que a previsão de legitimidade ativa nesse caso é constitucional, não podendo ser excepcionada por norma infraconstitucional[61]. Discordo do pensamento por entender que a legitimidade, nesse caso, não será excepcionada ou diminuída, pelo contrário, estar-se-á ampliando a gama de legitimados ativos.

8.2.3.3. Pertinência temática

O terceiro requisito exigido para a legitimidade ativa das associações é a chamada "pertinência temática", significando que deve existir uma vinculação entre as finalidades institucionais da associação, consagradas em seu estatuto social, e a espécie de bem jurídico tutelado em sede de ação coletiva.

Segundo a melhor doutrina, o estatuto da associação não precisa de um grau de especialidade que limite demasiadamente a sua atuação como autora de ações coletivas, de modo que uma previsão genérica, desde que relacionada, ainda que de maneira indireta, com o objeto da demanda, já é suficiente. O que não

[61] Shimura, Tutela coletiva, n. 3.3.4, p. 89.

se admite, por exemplo, é que uma associação, voltada à defesa do consumidor, queira discutir em juízo a violação ao patrimônio cultural, ou uma associação, voltada à defesa do meio ambiente, queira defender em juízo um direito difuso à saúde pública.

O Superior Tribunal de Justiça, interpretando devidamente o que atualmente se entende por "meio ambiente", já admitiu que associação de moradores, cujo estatuto a legitimava a zelar pela qualidade da vida no bairro, ingressasse com ação civil pública para a preservação de importante conjunto arquitetônico presente no bairro. O julgamento lembrou que o art. 225 da CF expressamente vincula o meio ambiente à sadia qualidade de vida e que o art. 3º, III, *a* e *d*, da Lei 6.938/1981, que dispõe ser poluição qualquer degradação ambiental oriunda de atividades que, direta ou indiretamente, prejudiquem a saúde e o bem-estar da população ou atinjam as condições estéticas do meio ambiente[62].

Aparentemente, o requisito da pertinência temática foi o mais próximo que o legislador brasileiro chegou da chamada "representação adequada", analisada no próximo tópico. Presume que, ao ter em seus estatutos a expressa previsão – ainda que genérica – da defesa do direito coletivo *lato sensu*, a associação será o representante adequado para sua defesa em juízo em uma ação coletiva.

Registre-se entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de dispensa da exigência da pertinência temática quando o autor da ação coletiva for a Ordem dos Advogados do Brasil, em razão de ter como seu mister a defesa, inclusive judicial, da Constituição Federal, do Estado de Direito e da justiça social, o que, inexoravelmente, inclui todos os direitos coletivos e difusos[63].

8.2.3.4. *Representação adequada* (adequacy of representation)

8.2.3.4.1. *Introdução*

O tema da representação adequada como requisito de admissibilidade da ação coletiva, intimamente relacionado à legitimidade ativa, é tema que suscita intenso e interessante debate doutrinário e jurisprudencial. Entendo que o tema é por vezes tratado sem o apuro técnico devido, o que leva o intérprete a um estado de confusão e incerteza que poderia ser evitado, ou ao menos minimizado.

A doutrina nacional parece concordar que o instituto da representação adequada pode se dar de duas formas distintas: *ope iudicis* e *ope legis*. Tradicionalmente associa-se a primeira forma aos sistemas jurídicos de países da *common law* e o segundo, aos sistemas jurídicos dos países da *civil law*. No primeiro caso, caberá ao juiz a análise, no caso concreto, da adequada representação dos interesses em jogo pelo autor que pretende conduzir uma ação coletiva; enquanto no segundo caso, caberia ao legislador, de forma abstrata, determinar quais os

[62] Informativo 442/STJ: 2ª Turma, REsp 876.931-RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 10.08.2010.

[63] STJ, 2ª Turma, REsp 1.351.760/PE, rel. Min. Humberto Martins, j. 26/11/2013, DJe 09/12/2013.

requisitos para se determinarem quais sujeitos têm condições de assumir o polo ativo de uma ação coletiva.

8.2.3.4.2. *Sistema* ope iudicis *(common law)*

Nos países do sistema da *common law*, em especial nos Estados Unidos, a representação adequada é uma das mais importantes causas de admissibilidade da ação coletiva, considerando-se que a coisa julgada dessa ação coletiva atingirá sujeitos que não participarão do processo, independentemente de seu resultado (*pro et contra*). Diante dessa realidade, o devido processo legal seria violado se o autor da ação coletiva não demonstrasse concretamente ter efetivas condições de exercer a melhor e mais completa defesa que o direito poderia ter em juízo[64].

O raciocínio é até certo ponto simples: como os sujeitos que compõem a coletividade ou comunidade serão atingidos sem o direito de participarem do processo coletivo em contraditório, deve-se assegurar que sejam "ouvidos" por meio do autor, que só terá condições de se tornar esse verdadeiro "porta-voz" dos indivíduos se demonstrar concretamente estar plenamente apto a fazer a defesa do direito da forma mais perfeita e irrepreensível possível.

Segundo precisas lições doutrinárias, a representação adequada nesse caso, além de evitar colusões entre as partes, asseguraria que o resultado obtido por meio do processo coletivo fosse o mesmo obtido por meio de processos individuais, dos quais os indivíduos teriam participado na plenitude do contraditório e da ampla defesa[65]. É dizer que, apesar de os indivíduos não terem participado do processo coletivo, sua participação teria sido inútil e desnecessária, já que o resultado seria o mesmo.

Na representação adequada presente nos países que fazem parte da família da *common law*, cabe ao juiz a análise concreta de elementos que indiquem as efetivas e reais condições de o autor cumprir seu papel como dele se espera. A depender do país de origem, variam os fatores relevantes a serem analisados pelo juiz, ainda que existam alguns destes que podem ser considerados comuns: as condições do autor e de seu advogado, a eventual existência de conflito entre o autor e/ou advogado e membros do grupo, a capacidade econômica, a especialidade do advogado.

Independentemente dos fatores considerados no caso concreto, um sistema de representação adequada, como o existente nos Estados Unidos, Inglaterra, Canadá e País de Gales, exige do juiz uma análise objetiva no caso concreto para a aferição da capacidade não só de representação dos sujeitos que compõem o grupo, mas também de sua efetiva capacidade de boa condução do processo, de seu preparo e disposição para encarar o processo coletivo.

[64] Watanabe, Direito processual comparado, p. 536; Gidi, *Class actions*, p. 99-100.

[65] Gidi, *Class actions*, p. 100.

8.2.3.4.3. *Sistema* ope legis *(civil law)*

Segundo lições doutrinárias, nos sistemas jurídicos dos países da *civil law*, a representação adequada dos autores das ações coletivas seguiria uma regra legal, tratando-se, portanto, de um sistema *ope legis*. Nesse entendimento, caberá ao legislador a previsão dos requisitos necessários para que se admita um sujeito no polo ativo do processo coletivo, cabendo ao juiz tão somente a análise do preenchimento ou não de tais requisitos no caso concreto. Há, portanto, uma presunção legal absoluta de quais sejam os representantes adequados, ao que deve se conformar o juiz no caso concreto[66].

Ainda que existam exceções, tais como o Uruguai, Argentina e Paraguai (nossos parceiros no Mercosul), que permitem ao juiz a aferição da representatividade adequada no caso concreto[67], no Brasil a doutrina majoritária entende que ao juiz cabe somente analisar os requisitos já previamente consagrados em lei, não podendo partir para uma análise no caso concreto das efetivas condições para a melhor condução do processo do legitimado que preencheu tais requisitos[68]. Na hipótese das associações, por exemplo, bastará a existência jurídica por mais de um ano e a pertinência temática[69], sendo irrelevante qualquer outra consideração a respeito da real capacidade do legitimado de defender de forma plena e exauriente o direito coletivo *lato sensu*.

Os críticos a esse sistema de aferição da representação adequada afirmam que, sem a possibilidade de análise das efetivas condições do autor da ação coletiva no caso concreto, permite-se a existência de processos coletivos propostos por autores despreparados, desmotivados, diretamente interessados em determinado resultado que pode não ser o melhor para todos, e por vezes até imbuídos de má-fé[70]. Esses defeitos que estariam sendo admitidos pelo sistema *ope legis*, adotado no Brasil, frustrariam os objetivos da tutela coletiva, permitindo que o resultado do processo coletivo não represente o resultado possível se o autor tivesse outros atributos.

É interessante notar que os defensores do sistema atual adotado no direito brasileiro se valem de alguns fundamentos, rebatidos de forma quase apaixonada pelos críticos de tal sistema.

Primeiro argumento amplamente utilizado é a especial maneira de formação da coisa julgada material na tutela coletiva. Conforme analisado no item 14.3, a coisa julgada coletiva só vincula os indivíduos se os beneficiar, não havendo sua vinculação quando o resultado do processo coletivo for negativo. Pelo sistema da coisa julgada *secundum eventum litis in utilibus*, uma eventual condução insuficiente do processo coletivo jamais seria capaz de afetar os indivíduos, que mesmo diante do insucesso do processo coletivo poderiam obter tutela jurisdicional em ações individuais.

[66] Scarpinella, As *class actions*, p. 131.

[67] Watanabe, Direito, p. 535.

[68] Andrade-Masson-Andrade, Interesses, 2.2.4, p. 47-48; Venturi, Processo, 7.1.8, p. 219-227; Nery-Nery, Código, p. 1.144; Abelha Rodrigues-Klippel, Comentários, p. 35; Assagra, Direito, p. 519.

[69] STJ, 1ª Turma, AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1.150.424/SP, rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), j. 10/11/2015, DJe 24/11/2015; STJ, 1ª Turma, REsp 876.936/RJ, rel. Min. Luiz Fux, j. 21/10/2008, DJe 13/11/2008.

[70] Gomes Jr., Curso, p. 145.

Concordo com as críticas lançadas a tal argumento, porque, se é verdade que os indivíduos não são prejudicados como titulares de direitos individuais correlatos ao direito coletivo *lato sensu* discutido no processo coletivo, não há maiores dúvidas de que o serão como membros da coletividade ou de uma comunidade. Diferente do que entende grande parte da doutrina, a sentença de improcedência do processo coletivo faz coisa julgada material, apenas sendo admitida sua repropositura na hipótese de prova nova em razão da coisa julgada *secundum eventum probationis*. Pior ainda no direito individual homogêneo, em que a coisa julgada material se opera de forma tradicional, *pro et contra* e independentemente da motivação da decisão.

Significa que, uma vez conduzido o processo coletivo de forma precária ou tendenciosa pelo autor, e sendo julgado improcedente o pedido, se o problema não for a ausência de provas, a decisão tornar-se-á imutável e indiscutível, de modo que aquele direito difuso ou coletivo, objeto do processo, jamais poderá ser tutelado[71]. Esse é um sacrifício que não pode ser simplesmente ignorado, ainda que consideradas as diferentes técnicas de formação da coisa julgada aplicáveis na tutela coletiva brasileira.

Por outro lado, argumenta-se que a presença indispensável do Ministério Público, como autor ou fiscal da ordem jurídica, impede que o autor conduza o processo de forma desidiosa ou tendenciosa. Concordo com essa tese, e acredito realmente que a exigência legal de presença obrigatória de um órgão tão sério, aparelhado e especializado na defesa da tutela coletiva seja uma salvaguarda interessante no tocante a garantir a efetiva atuação judicial em prol do direito defendido no processo coletivo.

Há, entretanto, restrições. Na ação popular, por exemplo, o Ministério Público só pode assumir o polo ativo na hipótese de desistência ou abandono do processo pelo autor popular. Também nos direitos individuais homogêneos haverá limitações, considerando o entendimento analisado no item 8.2.2 que limita a legitimação ativa do Ministério Público. E nesse segundo caso é ainda mais delicada a situação se adotado o entendimento já defendido no item 10.2 de que, se o Ministério Público não tiver legitimidade ativa para a defesa do direito individual homogêneo, ele não deverá participar como fiscal da ordem jurídica no processo.

Por fim, conforme analisado no item 5.3, os poderes do juiz no processo coletivo são aguçados, exigindo-se do magistrado uma atuação ativa e vigilante para que eventual descompromisso ou má-fé do autor não seja determinante no resultado do processo. Ainda que se louve o ideal de juiz mais ativo e pre-

[71] Gidi, *Class actions*, p. 130.

ocupado com a qualidade de sua prestação jurisdicional, é preciso reconhecer que existem limitações a essa atuação, até porque o volume de trabalho de nossos magistrados atualmente é muito elevado, o que dificulta a atenção que se pretende exigir. Por outro lado, o sistema processual continua – mesmo no processo coletivo – a ser misto com preponderância do dispositivo, de modo que a vontade do autor ainda tem muita relevância na condução do processo.

8.2.3.4.4. Situação atual no Brasil

A doutrina nacional se divide nitidamente em dois grupos no tocante à representatividade adequada: (a) os que entendem que o sistema adotado *é ope legis*, não cabendo, portanto, ao juiz analisar no caso concreto a efetiva condição/disposição do autor em conduzir o processo coletivo[72]. Esse grupo se divide em duas correntes: (i) os que entendem que o sistema adotado por nosso legislador é o ideal, e (ii) os que consideram que, *de lege ferenda*, o ideal seria modificar a lei para a adoção do sistema *ope iudicis*. E (b) os que entendem que o sistema atual já admite a conclusão pela aferição *ope iudicis* da representação adequada[73], afirmando que a presunção legal de adequação na representação prevista em lei é apenas relativa, sendo, portanto, admissível a produção de prova em sentido contrário[74], havendo recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido[75].

Sou partidário da segunda corrente doutrinária do primeiro grupo, porque entendo que o controle da adequada representação do autor da ação coletiva evitaria processos coletivos sem condições de tutelar o direito defendido, em verdadeiro atentado aos princípios da economia processual e segurança jurídica. Evitaria a pluralidade de processos coletivos que versam sobre o mesmo tema, em muitos casos propostos por autores sem qualquer condição para uma boa condução do processo. A adoção do sistema *ope iudicis*, entretanto, depende de reforma legislativa.

Por outro lado, é preciso lembrar que, mesmo nos sistemas de controle *ope iudicis*, a eventual constatação de que o autor não tem efetivamente condições de melhor tutelar o direito discutido, ainda que posterior ao encerramento do processo, não vincula os membros do grupo (*Collateral attack*). Na realidade, como bem lembra a melhor doutrina, a representação adequada no sistema da *common law* não é somente um requisito de admissibilidade da ação coletiva, limitada ao ingresso do processo, porque essa matéria não preclui, podendo o

[72] Andrade-Masson-Andrade, Interesses, 2.2.4, p. 47-48; Venturi, Processo, 7.1.8, p. 219-227; Nery-Nery, Código, p. 1.144; Abelha Rodrigues-Klippel, Comentários, p. 35; Assagra, Direito, p. 519.

[73] Grinover, Novas questões, p. 213-214; Gidi, *Class actions*, p. 3.5.10, p. 129-135; Costa, Comentários, p. 390-391; Didier-Zaneti, Curso, p. 209; Leonel, Manual, 5.2.6, p. 173.

[74] Gomes Jr., Curso, p. 145.

[75] STJ, 4ª Turma, REsp 1.213.614/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 01/10/2015, DJe 26/10/2015; STJ, 4ª Turma, REsp 1.405.697/MG, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 17/09/2015, DJe 08/10/2015.

juiz extinguir o processo por inadequação da representação a qualquer momento, seja por fato superveniente ou pela constatação de ter sido enganosa a percepção prévia sobre a adequação da representação[76].

Atualmente, com a justificativa da coisa julgada *secundum eventum litis in utilibus*, não há maiores preocupações com a perda de energia, tempo e dinheiro de um processo coletivo fadado ao insucesso em razão do despreparo e/ou má-fé do autor. No sistema sugerido, o indivíduo continuaria a poder discutir em ação individual seu direito, mesmo diante do insucesso de uma ação coletiva, mas como a adequação da representação passaria a ser analisada em concreto, as chances de isso ocorrer seriam bem menores, o que poderia até mesmo servir de desestímulo à propositura de ação individual. Atualmente, independentemente da defesa do direito realizada pelo autor da ação coletiva, o direito individual não suporta o seu insucesso, não existindo qualquer razão para que o indivíduo deixe de ingressar com ação individual na busca da tutela de seu direito.

Só entendo que o sistema adotado pelo legislador pátrio não é o da representação adequada (*ope iudicis*) e que, por isso, somente uma mudança legislativa permitiria sua adoção[77]. E não faltaram tentativas para que se chegasse a esse objetivo. Tanto no Projeto de Lei do Código de Processo Civil coletivo como no de mudança da Lei de Ação Civil Pública estava consagrada a representação adequada *ope iudicis*, mas nenhum desses projetos vingou no Congresso Nacional. No mesmo sentido, o art. 3º do Código Modelo da Ibero-América, que obviamente não tem aplicabilidade no direito pátrio.

8.2.3.5. Legitimidade extraordinária ou representação processual?

O Supremo Tribunal Federal foi chamado a decidir, em recurso extraordinário repetitivo, sobre a possibilidade de sujeitos não associados à associação autora da ação coletiva, que tem como objeto direito individual homogêneo, poderem se aproveitar da sentença de procedência da ação coletiva. Em tal julgamento, entretanto, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão ainda mais ampla, já que não versa somente sobre a legitimidade ativa da associação em executar a sentença coletiva em favor de indivíduos, mas também estabelece condições para a sua atuação no polo ativo da ação coletiva[78].

Em equivocada interpretação do art. 5º, XXI, da CF, o Supremo Tribunal Federal decidiu que as associações dependem de autorização expressa de seus associados para a propositura da ação coletiva, o que pode ocorrer individualmente por manifestação expressa de seus associados ou por aprovação da propositura da ação em assembleia geral.

[76] Gidi, Class actions, p. 102; Scarpinella, As *class actions*, p. 134.

[77] Scarpinella, As *class actions*, p. 131-136.

[78] STF, Tribunal Pleno, RE 573.232/SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, j. 14/05/2014, DJe 19/09/2014.

A decisão é incorreta porque confunde indevidamente os institutos da substituição processual (quando a associação atua em nome próprio em favor dos interesses de terceiros) com a representação processual (quando a associação atua em nome de seus associados em favor de seus interesses)[79].

Segundo o dispositivo legal constitucional, "as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente". Ainda que o dispositivo não possa ser considerado um primor de redação legislativa, ao apontar expressamente para a *representação* de seus filiados em juízo, trata de hipótese de representação processual e não de substituição processual. O art. 5º, XXI, da CF, portanto, apesar de prever expressamente sobre a legitimidade da associação, versa claramente sobre a representação processual, e somente nesse sentido poderia ser exigida a autorização de seus associados para atuar em favor de seus direitos.

Para fins de atuação da associação na execução da sentença coletiva, até se pode admitir sua participação como representante processual do indivíduo beneficiado, já que nesse caso estará defendendo numa execução individual um direito da mesma natureza, conforme devidamente exposto no Capítulo 16.4.3. No entanto, para fins de participação no polo ativo da ação coletiva, não é o art. 5º, XXI, da CF que deve ser considerado para determinar as condições de atuação da associação, mas sim os arts. 5º, V, da Lei 7.347/1985 e 82, IV, da Lei 8.078/1990.

Significa dizer que a legitimação da associação para a propositura da ação coletiva não exige qualquer preenchimento de requisito constitucional, bastando a comprovação de sua existência jurídica há mais de um ano e a pertinência temática.

Infelizmente, entretanto, como, inclusive, já era de se esperar, a equivocada decisão, proferida em recurso especial submetido a julgamento de recurso repetitivo, logo passou a ser utilizada como razão de decidir a questão no Superior Tribunal de Justiça, que passou a exigir para fins de atuação da associação no polo ativo da ação coletiva a autorização expressa de seus associados[80]. Interessante notar que ainda existem decisões daquele tribunal, mesmo posteriores ao precedente do Supremo Tribunal Federal, que continuam a entender pela desnecessidade de autorização expressa dos associados[81].

Criou-se nos tribunais superiores uma situação peculiar. Caso se admita, como tais tribunais vêm fazendo, que a atuação da associação no polo ativo da ação coletiva deve ser admitida somente nos termos do art. 5º, XXI, da CF, não há mais sentido em falar-se em legitimidade extraordinária, porque o dispositivo claramente trata de representação processual. Curiosamente, entretanto, os tribunais continuam a tratar o fenômeno como de legitimação processual, afirmando que sem a autorização expressa de seus associados falta legitimidade à associação para a propositura da ação coletiva[82].

[79] A confusão do voto do relator foi bem notada no voto vista do Ministro Joaquim Barbosa.

[80] STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.546.659/RS, rel. Min. Humberto Martins, j. 27/10/2015, DJe 13/11/2015; STJ, 3ª Turma, REsp 1.405.697/MG, rel. Min. 17/09/2015, DJe 08/10/2015.

[81] STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.382.949/SC, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 16/04/2015, DJe 24/04/2015.

Partindo-se dessa incorreta premissa criada pelos tribunais superiores, a autorização expressa dos associados passa a ser mais um requisito para a associação ter legitimidade ativa na propositura da ação coletiva, ao lado da existência jurídica há pelo menos um ano e da pertinência temática.

O equivocado entendimento tem um efeito prático perverso, porque a partir do momento em que se entende que a legitimidade ativa na ação coletiva da associação está condicionada à autorização expressa de seus associados, é natural a conclusão de que a ação só possa aproveitar a quem era associado no momento da propositura da demanda judicial e que autorizou a sua propositura. Ou seja, mesmo sendo associado, não tendo autorizado a propositura da ação coletiva, não poderá se beneficiar da sentença coletiva[83].

Registrem-se decisões do Superior Tribunal de Justiça, mesmo posteriores ao precedente do Supremo Tribunal Federal, que continuam a apontar que todos os indivíduos pertencentes à comunidade, associados ou não à autora da ação coletiva, se beneficiam da sentença coletiva, podendo executá-la em seu favor[84]. O tema, portanto, continua polêmico, tanto que a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça afetou recurso especial ao julgamento repetitivo (tema 948) para pacificar o entendimento do tribunal a respeito do tema.

Essa realidade é ruim no caso do direito individual homogêneo, porque exigirá daqueles sujeitos na mesma situação fático-jurídica dos associados a propositura de nova demanda para a defesa de seus interesses. Conspira, portanto, contra os valores mais importantes da tutela coletiva: a economia processual e a harmonização dos julgados, porque exige a propositura de novas ações e abre a possibilidade de decisões contraditórias e/ou conflitantes.

Já no caso dos direitos difuso e coletivo a realidade é péssima, porque viola a própria natureza indivisível de tais espécies de direitos. Como exatamente compatibilizar a limitação ora analisada com tal indivisibilidade? Se a tutela favorece a coletividade ou uma comunidade (grupo, classe ou categoria de pessoas), como exatamente deve ser compreendida a limitação de benefício somente à parcela dos sujeitos que compõe o titular do direito (que não são os indivíduos, mas a coletividade ou comunidade)?

Esse problema prático, entretanto, entendo que pode ser afastado sem violação ao entendimento já pacificado nos tribunais superiores. Quando a associação atua como autora de ação coletiva em benefício da coletividade (direito difuso)

[82] Essa realidade fica clara no voto vista do Ministro Teori Albino Zavascki.

[83] STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 664.713/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, j. 01/12/2015, DJe 04/02/2016; STJ, 5ª Turma, REsp 1.129.023/SC, rel. Min. Felix Fischer, j. 16/02/2016, DJe 23/02/2016; STJ, 6ª Turma, EDcl no AgRg no REsp 1.185.789/GO, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 03/12/2015, DJe 01/02/2016.

[84] STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.423.791/BA, rel. Min. Og Fernandes, j. 17/03/2015, DJe 26/03/2015.

ou de uma comunidade (direito coletivo), ela claramente não está em juízo na defesa de seus associados, de forma a ser inaplicável a esses casos o art. 5º, XXI, da CF. Nesses casos, portanto, a legitimidade ativa será analisada exclusivamente à luz das normas referentes ao tema constantes da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor.

Registre-se, por fim, que o precedente ora analisado do Supremo Tribunal Federal trata especificamente de tutela coletiva de direito individual homogêneo, de forma que seus possíveis efeitos vinculantes não podem afetar ações coletivas que tenham como objeto direito difuso ou coletivo. O Superior Tribunal de Justiça, aparentemente, também assim compreendeu os limites do precedente criado no Supremo Tribunal Federal, já que continua a considerar a associação legitimada para a tutela de direito coletivo sem fazer menção à exigência de autorização de seus associados[85].

8.2.4. Pessoas jurídicas da administração pública

A legitimidade ativa para as ações coletivas da União, Estados, Municípios e do Distrito Federal está prevista nos arts. 5º, III, da Lei 7.347/1985 (LACP) e 82, II, da Lei 8.078/1990 (CDC), enquanto nos arts. 5º, IV, da Lei 7.347/1985 (LACP) e 82, III, da Lei 8.078/1990 (CDC) encontra-se a legitimidade ativa das empresas públicas, autarquias, fundações e sociedades de economia mista. Os dispositivos legais, portanto, versam sobre a legitimidade ativa das pessoas jurídicas que compõem a administração pública, tanto da administração direta como da indireta.

Era de esperar que essas pessoas jurídicas fossem frequentes propositoras de ações coletivas, pois em uma sociedade séria supõe-se que o Estado tenha todo o interesse no respeito aos direitos transindividuais. A realidade, entretanto, não é bem essa, notando-se a presença desses sujeitos com muito maior frequência no polo passivo da demanda judicial, acusados de violação de direitos que teoricamente deveriam ser os maiores interessados em preservar[86]. De qualquer forma, sempre que pretenderem modificar esse paradoxo, terão legitimidade ativa garantida por lei.

No tocante às pessoas jurídicas de direito público da administração direta, existe interessante debate doutrinário a respeito da exigência da pertinência temática, sendo necessário delimitar de forma correta a discussão a respeito do tema.

Para parcela da doutrina esses sujeitos têm legitimidade ativa para defender direitos quando sua proteção se revela socialmente útil e necessária, sendo dispensável a análise concreta entre a vinculação dos interesses próprios da pessoa

[85] STJ, 2ª Seção, REsp 1.084.640/SP, rel. Min. Marco Buzzi, j. 23/09/2015, DJe 29/09/2015; STJ, 4ª Turma, REsp 1.166.054/RN, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 28/04/2015, DJe 18/06/2015; STJ, 4ª Turma, REsp 1.374.678/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 23/06/2015, DJe 04/08/2015.

[86] Mancuso, Ação, n. 6.3.3, p. 152.

jurídica de direito público e o direito defendido em juízo[87]. A doutrina majoritária, entretanto, entende pela aplicação do requisito da pertinência temática para as pessoas jurídicas de direito público, ainda que da administração direta, exigindo uma ligação entre o interesse defendido em juízo e os limites territoriais de sua atuação ou suas finalidades institucionais[88].

É interessante observar que grande parte da doutrina que afirma existir a exigência de pertinência temática para os sujeitos ora analisados fundamenta seu entendimento na impossibilidade de ente público litigar na defesa de interesses que não digam respeito à sua área territorial de atuação[89]. Assim, não teria legitimidade ativa um Município para ingressar com ação coletiva que só traga benefícios a consumidores localizados em outro Município, como um Estado não teria legitimidade ativa para ingressar com ação coletiva em favor de patrimônio histórico e cultural pertencente a outro Estado da Federação.

Entendo que existe uma indevida confusão entre diferentes condições da ação. A pertinência temática exige a existência de uma relação entre o interesse da pessoa jurídica de direito público e o direito tutelado em juízo, e, nesses termos, considero que não se pode exigir tal requisito das pessoas jurídicas de direito público da administração direta. Se o objetivo final da União, Estados, Municípios e do Distrito Federal é prover o bem comum, favorecendo os administrados, não parece legítimo criar uma limitação no tocante à legitimação ativa nas ações coletivas. Isso não significa que, fora dos limites territoriais de sua atuação, se possa admitir o interesse de agir desses sujeitos. Concordo que deva existir uma limitação territorial de atuação, mas nesse caso não vejo tal limitação decorrente da pertinência temática, matéria afeta à legitimidade, mas sim da falta de interesse de agir[90].

A distinção entre pertinência temática e limitação territorial, ainda que não resultante dos fundamentos apresentados, não é estranha à parcela da doutrina que entende corretamente pela ausência da exigência da pertinência temática e pela existência de uma limitação territorial para a atuação das pessoas jurídicas de direito público da administração direta. Há, inclusive, decisão do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido[91].

No tocante às pessoas jurídicas – públicas ou privadas – que compõem a administração indireta, entendo que, se seus objetivos imediatos são direcionados para determinadas áreas, o que delimita sua esfera de atuação dentro do poder público, é natural que se exija não só a vinculação ao território de sua atuação, como também a pertinência temática[92]. Não teria muito sentido admitir que uma

[87] Venturi, Processo, p. 211.

[88] Costa, Comentários, p. 404; Leonel, Manual, p. 164-165.

[89] Dinamarco, Ação, p. 257; Vigliar, Ação, p. 83.

[90] Em sentido próximo, Mazzilli, A defesa, p. 309.

[91] STJ, 3ª Turma, REsp 168.051/DF, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 19.05.2005, *DJ* 20.06.2005, p. 263; Carvalho Filho, Ação, p. 147.

[92] Abelha e Klippel, Comentários, p. 41; Almeida, Manual, p. 123-124; Dinamarco, Ação, p. 260-261; Negrão, Ações, p. 238-240. Aparentemente no sentido do texto: STJ, 1ª Turma, REsp 879.840/SP, rel. Min. Francisco

empresa pública federal voltada à exploração do petróleo do pré-sal ingresse com ação coletiva buscando a tutela de patrimônio histórico e cultural, bem como não se deve admitir que uma fundação voltada ao meio ambiente ingresse com ação coletiva consumerista.

Conforme já tive a oportunidade de defender quando da análise da legitimidade ativa da Defensoria Pública, entendo que o disposto no art. 82, III, da Lei 8.078/1990 (CDC), ao prever a legitimidade das entidades e órgãos da administração pública ainda que sem personalidade jurídica, seja aplicável a todas as espécies de direitos coletivos *lato sensu*. Por essa razão, parece aceitável a legitimação ativa do PROCON, que, apesar de não ter personalidade jurídica própria, tem personalidade judiciária, o que já é suficiente para admiti-lo no rol dos legitimados ativos de ações coletivas[93].

Por fim, cumpre ressaltar que essas pessoas jurídicas da Administração Pública, sempre que se valerem de uma ação coletiva, não estarão em juízo em nome próprio na defesa de interesse próprio. Significa que, sendo ordinária a legitimação dessa pessoa jurídica, ou seja, estando em juízo em nome próprio na defesa de interesse próprio, a ação será individual, e, nesse caso, o postulante não terá os benefícios concedidos ao autor de uma ação coletiva.

Interessante notar o entendimento pacificado nos tribunais superiores no sentido de permitir ao Ministério Público a defesa em juízo do patrimônio público, algo que só poderá fazer mediante ação coletiva, considerando não ter mais função institucional de defender individualmente os interesses da Fazenda Pública em juízo[94]. Caso a própria pessoa de direito público ingresse com ação, a legitimação poderá ser ordinária, e, assim, a ação terá natureza individual, já que o autor estará em juízo em nome próprio na defesa de seu próprio interesse. Mas também poderá ser uma legitimação extraordinária, quando a pessoa jurídica de direito público litigar em nome próprio na defesa do interesse da coletividade, situação que ensejará uma ação de natureza coletiva.

8.2.5. Defensoria Pública

Pela Lei 11.448, de 15.01.2007, com a alteração do art. 5º, II, da Lei 7.347/85 (LACP), houve a expressa inclusão da Defensoria Pública no rol de legitimados à propositura da ação coletiva. Antes de analisar a norma legal propriamente dita, é preciso fazer uma exposição, ainda que breve, da participação da Defensoria Pública no âmbito das ações coletivas antes da Lei 11.448/2007.

Falcão, j. 03.06.2008, *DJe* 26.06.2008. Contra: Carvalho Filho, Ação, p. 149; STJ, 1ª Turma, REsp 236.499/PB, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 13.04.2000, *DJ* 05.06.2000, p. 125.

[93] STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 512.382/DF, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 14/08/2012, DJe 28/08/2012; STJ, 2ª Turma, REsp 1.075.392/RJ, rel. Min. Castro Meira, rel. p/ acórdão Min. Herman Benjamin, j. 15.12.2009, *DJe* 04.05.2011; STJ, 3ª Turma, REsp 866.636/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 29.11.2007, *DJ* 06.12.2007 p. 312.

[94] Súmula 329/STJ: "O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público".

É necessário reconhecer que, mesmo antes dessa previsão legal, a Defensoria Pública já participava de ações coletivas. Parece não haver maiores dúvidas a respeito da legitimidade da Defensoria Pública como mero assistente judicial de associação que funcionaria como autora da ação coletiva. Como se pode notar com relativa facilidade, nessa circunstância a Defensoria Pública não compõe o polo ativo da ação coletiva, servindo simplesmente como assistente judicial de pessoa jurídica legitimada expressamente em lei para a propositura de tal espécie de ação.

Ainda que não seja parte na ação coletiva, a mera atuação da Defensoria Pública já é o suficiente para suscitar relevante questionamento: auxiliando judicialmente o autor da ação coletiva, deverá ser demonstrada sua situação de carência econômica, inviabilizadora da atuação em proteção do direito transindividual? Importante lembrar que, apesar da gratuidade existente para os autores das ações coletivas, é necessária a presença de agente com capacidade postulatória, de preferência experimentado, o que nem sempre pode ser obtido pelas associações menos organizadas.

O mesmo se pode dizer da ação popular, na qual o cidadão pobre pode não ter condições de contratar um advogado. Apesar da extrema improbabilidade de tal circunstância, é possível se imaginar a presença da Defensoria Pública como assistente judicial do autor da ação popular. Contudo, se o réu tivesse condições de arcar com a contratação do advogado, ainda assim poderia a Defensoria Pública atuar na qualidade de assistente judicial?

Para parcela doutrinária a comprovação da hipossuficiência econômica do autor é indispensável, devendo ser compreendida essa atuação da Defensoria Pública dentro de sua função típica de proteção ao economicamente necessitado. Outra parcela doutrinária entende que essa comprovação é dispensada, até porque a defesa em juízo não se dá para tutela de interesse do autor da ação coletiva, mas sim da coletividade ou de um grupo, classe ou categoria de pessoas[95].

Por outro lado, apesar de certa divergência, aos órgãos especializados criados pela Defensoria Pública já vinha se reconhecendo a legitimidade para a propositura de ações coletivas em defesa de direitos coletivos e individuais homogêneos dos consumidores[96], ainda que não se possa afirmar que a aceitação era tranquila, existindo inclusive decisões do Superior Tribunal de Justiça em sentido contrário[97], apesar de notadamente em menor número.

Apesar da divergência, entendo que a legitimidade ora analisada está amparada na previsão contida no art. 82, III, do CDC, que ao prever a legitimidade ativa inclui expressamente órgãos da administração pública, direta e indireta, ainda

[95] Pereira e Bottini, A defensoria, p. 266-273.

[96] STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 1.000.421/SC, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 24.05.2011, *DJe* 01.06.2011; STJ, 3ª Turma, AgRg no AgRg no Ag 656.360/RJ, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 15.03.2011, *DJe* 24.03.2011; STJ, 3ª Turma, REsp 555.111/RJ, rel. Min. Castro Filho, j. 05.09.2006, *DJ* 18.12.2006, p. 363.

[97] STJ, 1ª Turma, EDcl no REsp 734.176/RJ, rel. Min. Francisco Falcão, j. 17.08.2006, *DJ* 28.09.2006, p. 203; STJ, 2ª Turma, AgRg no Ag 500.644/MS, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 01.03.2005, *DJ* 18.04.2005.

que sem personalidade jurídica[98]. Além dessa expressa previsão legal, a referida legitimação encontra amparo também nos arts. 6º, VIII (princípio da facilitação da defesa dos consumidores), e 83 (princípio da instrumentalidade máxima do processo do consumidor), ambos do CDC[99], e no art. 4º, XI, da LC 80/1994[100].

Ainda que a Defensoria Pública, mesmo sem expressa previsão legal, já viesse ingressando com ações coletivas antes da Lei 11.448/2007, sua inclusão no rol de legitimados ativos foi um marco expressivo em termos de aperfeiçoamento da proteção jurisdicional dos direitos coletivos *lato sensu*. Contra a expressa inclusão da Defensoria Pública entre os legitimados ativos coletivos foi proposta ação direta de inconstitucionalidade, apresentada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP.

Nessa Ação Direta de Inconstitucionalidade havia uma cumulação de pedidos na forma subsidiária. Como pedido principal, a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º, II, da Lei 7.347/1985 (LACP), com redução de texto e, subsidiariamente, em interpretação conforme o texto constitucional, que fosse declarada a ilegitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações coletivas que tivessem como objeto direitos difusos, limitando sua atuação às ações coletivas cujos objetos fossem os direitos coletivos e individuais homogêneos vinculados a carentes econômicos.

Referida ação foi julgada totalmente improcedente, com expressa menção de que o reconhecimento da legitimidade ativa da Defensoria Pública não traz qualquer prejuízo institucional ao Ministério Público[101].

Estava claro que uma declaração de inconstitucionalidade com redução de texto pelos argumentos utilizados em referida Ação Direta de Inconstitucionalidade não merecia prosperar. A alegada violação aos arts. 5º, LXXIV, e 134, ambos da CF, tentava extrair do texto constitucional algo que dificilmente ele quis dizer. A defesa dos necessitados prevista pelo art. 134 da CF, "na forma do art. 5º, LXXIV", da CF, que prevê a "assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos", não deve ser interpretada restritivamente, limitando-se àqueles que individualmente comprovarem o estado de carência financeira.

Ainda que se exija no caso concreto a comprovação de hipossuficiência econômica, certamente ela não precisará ser feita individualmente, o que já seria o suficiente para legitimar a Defensoria Pública a litigar em nome próprio na defesa de grupo, classe ou categoria de pessoas com notória carência financeira[102].

Ações coletivas como a proposta pela Defensoria Pública de São Paulo na defesa de interesse dos moradores do Jardim Pantanal, o qual ficou mais de dois meses submerso em lodo e lama em razão de chuvas torrenciais, naturalmente

[98] Didier Jr. e Zaneti Jr., Curso, p. 217; Lima, Defensoria, n. 7.3.3.1.2, p. 229.
[99] Sousa, A nova, p. 235-236.
[100] STJ, 1ª Turma, REsp 912.849-RS, rel. Min. José Delgado, j. 26.02.2008, *DJe* 28.04.2008.
[101] STF, Tribunal Pleno, ADI 3.943/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 07/05/2015, DJe 06/08/2015.
[102] Pereira e Bottini, A Defensoria, p. 266.

atendem à exigência constitucional, pois se supõe que, se as pessoas não fossem economicamente necessitadas, não residiriam em local frequentemente castigado pelas chuvas. Diga-se o mesmo da ação coletiva proposta pela Defensoria Pública da União em Belém, na defesa coletiva de crianças e adolescentes que vivem em situação de risco nas ruas da cidade[103].

Como pedido subsidiário da ação ora analisada, constava a pretensão de interpretação conforme a Constituição para que a Defensoria Pública só tivesse legitimidade para a defesa dos direitos coletivos e individuais homogêneos, sempre com vinculação à hipossuficiência econômica dos beneficiados[104]. Esse pedido era mais interessante porque tocava, ainda que indiretamente, no ponto principal da legitimidade da Defensoria Pública: existirá para ela a chamada "pertinência temática"? E, havendo, em que termos será exigida?

No julgamento da referida ação direta de inconstitucionalidade proposta pela CONAMP a respeito da legitimidade da Defensoria Pública no processo coletivo, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a presença de hipossuficientes econômicos entre os membros da coletividade ou da comunidade (grupo, classe, categoria ou pessoas no direito coletivo ou indivíduos titulares do direito individual homogêneo) já era razão suficiente para legitimar a Defensoria Pública para a propositura da ação coletiva.

A limitação da defesa exclusiva de hipossuficientes econômicos no âmbito da tutela dos direitos difusos e coletivos seria consideravelmente limitadora para a Defensoria Pública, em razão da indivisibilidade desses direitos. No tocante à tutela de direito difuso, o art. 5º, II, da Lei 7.347/1985 (LACP) seria inaplicável, considerando-se que na coletividade tutelada nessa espécie de direito sempre haverá sujeitos não carentes do ponto de vista econômico[105]. Resumindo, a coletividade perderia mais um legitimado – em algumas localidades extremamente organizado e especializado – na defesa de seus direitos difusos em juízo.

No tocante à tutela de direito coletivo, a limitação também seria significativa, porque, apesar de existirem grupos, classes e categorias de pessoas formadas exclusivamente de hipossuficientes econômicos, haveria insuperável dificuldade na identificação não só de todos os sujeitos que compõem esse grupo, classe ou categoria, como também seria extremamente difícil a comprovação da carência econômica de todos eles. Note-se que nesse caso, sendo indivisível o direito, não se admitiria que essa identificação e comprovação fossem reservadas ao momento da execução, pois seria impossível a decisão favorecer a somente parcela do grupo, classe ou categoria.

Daí porque tem especial relevância o julgamento em repercussão geral do tema pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que a Defensoria Pública tem legitimidade para a propositura de ação civil pública que vise a promover

[103] Ordacgy, Primeiras, p. 93.
[104] Nesse sentido Carvalho Filho, Ação, p. 157.
[105] Carvalho Filho, Ação, p. 157, defende a impossibilidade. Contra, no sentido do texto, Ferraresi, Ação, p. 208.

a tutela judicial de direitos difusos e coletivos de que sejam titulares, em tese, pessoas necessitadas[106].

Há no acórdão ora analisado a menção da impossibilidade de a Defensoria Pública executar a sentença individualmente em favor de quem não comprovar a hipossuficiência econômica, o que parece razoável, mas em nada interfere em sua legitimidade para a propositura da ação coletiva, ainda que a tutela buscada possa tutelar também quem não é hipossuficiente econômico. A solução é perfeita porque numa tutela individual não pode a Defensoria Pública atuar por quem não provar sua situação de pobreza jurídica.

Registre-se que em voto vencido proferido no julgamento do Recurso Especial 912.849/RS, o Ministro Teori Albino Zavascki, seguindo entendimento do relator da apelação no caso concreto, curiosamente o processualista Araken de Assis, já havia entendido pela legitimidade da Defensoria Pública para a defesa de direitos individuais homogêneos dos consumidores, limitando a proteção jurisdicional obtida somente àqueles que demonstrassem individualmente, em fase de execução, sua condição de economicamente necessitado[107].

Como bem demonstrado por abalizada doutrina, essa limitação subjetiva pretendida pelo entendimento ora examinado exigiria dos consumidores, que não são economicamente hipossuficientes, a propositura de nova ação – coletiva ou individual –, o que contraria os princípios da economia processual e da harmonização dos julgados[108]. Ademais, o entendimento mistura indevidamente a questão de legitimidade e da eficácia subjetiva da coisa julgada coletiva, sendo irrelevante para a determinação dos beneficiados quem foi o autor da ação coletiva. Se assim não fosse, ação coletiva movida por associação de defesa dos consumidores não poderia beneficiar individualmente sujeito não considerado tecnicamente consumidor, o que evidentemente não acontece nem deve ocorrer.

Nesse sentido o entendimento do Supremo Tribunal Federal é superior, porque ele não impede que a sentença coletiva favoreça também quem não é hipossuficiente econômico, apenas retira da Defensoria Pública a legitimidade ativa para executar a sentença em favor do indivíduo que não demonstrar seu estado de pobreza.

No voto prolatado pelo Ministro Barroso, há expressa menção à ilegitimidade ativa da Defensoria Pública na hipótese de já ser possível identificar que os tutelados, como grupo, classe, categoria ou individualmente, não são hipossuficientes, como ocorreria numa ação para tutelar os associados do Iate Clube ou os correntistas do Itaú Personnalité. Nesse sentido, inclusive, há decisão do Superior Tribunal de Justiça entendendo pela ilegitimidade ativa da Defensoria Pública em ação coletiva que visava tutelar interesses de idosos contratantes de planos privados de saúde[109].

[106] STF, Tribunal Pleno, RE 733.433/MG, rel. Min. Dia Toffoli, j. 04/11/2015, DJe 07/04/2016.
[107] STJ, 1ª Turma, REsp 912.849/RS, rel. Min. José Delgado, j. 26/02/2008, DJe 28/04/2008.
[108] Didier Jr. e Zaneti Jr., Curso, p. 218.
[109] STJ, 4ª Turma, REsp 1.192.577/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 15/05/2014, DJe 15/08/2014.

É tradicional na doutrina a divisão da função da Defensoria Pública em típica e atípica. Existe unanimidade em apontar como função típica a defesa dos interesses dos economicamente necessitados, existindo certa divergência no que viria a ser sua função atípica. Essas divergências são mais de forma do que de conteúdo, pois, atinentes à forma de classificação dessa função, mas ainda assim merecem breves comentários.

Para parcela da doutrina, qualquer atuação que, apesar de permitida por previsão legal, não seja em defesa do economicamente necessitado representa uma atuação atípica[110]. São clássicos exemplos dessa atuação atípica a defesa de acusados no processo penal (art. 4º, XIV e XV, da LC 80/1994), com amparo nos arts. 261 e 263 do CPP, e a curadoria especial nas hipóteses previstas no art. 72, II, do Novo CPC e admitida expressamente pelo art. 4º, XVI, da LC 80/1994.

Em ambos os casos mencionados a condição econômica do sujeito tutelado pela Defensoria Pública é irrelevante, pois são outras as razões que determinam sua participação no processo. Uma eventual legitimidade ativa da Defensoria Pública absolutamente dissociada da hipossuficiência econômica seria possível, portanto, em razão de suas funções atípicas.

Outra parcela da doutrina, ao especificar a função atípica desenvolvida pela Defensoria Pública, a divide em duas espécies: defesa do hipossuficiente jurídico e do hipossuficiente organizacional, o que se obtém por meio do alargamento do conceito de necessitados, alvo constitucional de tutela nos termos do art. 134 da CF.

Alarga-se o conceito de necessitados para, além dos tradicionais carentes de recursos econômicos, incluírem-se também os necessitados jurídicos, no sentido de que caberia à Defensoria Pública, quando previsto em lei, garantir a determinados sujeitos, independentemente de sua condição econômica, o pleno exercício da ampla defesa e do contraditório[111]. Costuma-se indicar como exemplos as já citadas atuações em defesa do réu no processo penal e da curadoria especial exercida no processo civil.

Também se incluem entre os necessitados aqueles que têm real dificuldade de se organizar para defenderem seus direitos em juízo e fora dele. Nesse caso, passa-se a falar em necessitados organizacionais, hipossuficiência derivada da vulnerabilidade das pessoas em face das relações complexas existentes na sociedade contemporânea, com especial ênfase aos conflitos próprios da sociedade de massa atual[112]. Derivaria dessa função atípica a legitimação da Defensoria Pública nas ações coletivas.

A tese, entretanto, não é pacífica, existindo doutrina que, em algum grau, continua a vincular a atuação da Defensoria Pública ao necessitado econômico,

[110] Peña de Moraes e Teixeira da Silva, As sistência, p. 156; Ordacgy, Primeiras, p. 96; Sousa, A nova, p. 230-231.
[111] Grinover, Novas, p. 246.
[112] Grinover, Novas tendências, p. 245; Britto, A evolução, p. 18; Lima, Defensoria, n. 7.3.3.3.1, p. 234.

ainda que no âmbito da tutela coletiva[113], enquanto outra parcela entende que a legitimação, em razão do art. 134 da CF, nunca será tão ampla como a do Ministério Público[114].

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento já mencionado a respeito da constitucionalidade da norma que prevê a legitimidade ativa coletiva para a Defensoria Pública, parece ter se inclinado pelo sentido mais amplo da atuação da Defensoria Pública, chegando a afirmar que essa amplitude de atuação era uma exigência do acesso à ordem jurídica justa e que interessava a qualquer sujeito preocupado com a prestação de tutela jurisdicional.

Trata-se, em realidade, de resolver a questão à luz do art. 4º, XI, da LC 80/1994 (Lei Orgânica da Defensoria Pública), que prevê ser função institucional da Defensoria Pública a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado.

Conforme já apontado, o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de afirmar que a tutela de idosos consumidores, se não forem hipossuficientes econômicos, não pode ser feita pela Defensoria Pública por meio de ação civil pública[115]. Mas no mesmo tribunal há julgamento que entendeu pela legitimidade ativa da Defensoria Pública em tema referente ao direito de educação, afirmando expressamente que ela pode tutelar qualquer interesse individual homogêneo, coletivo *stricto sensu* ou difuso, considerando que sua legitimidade não se determina por critérios objetivos, ou seja, pelas características ou perfil do objeto de tutela, mas por critérios subjetivos, isto é, pela natureza ou *status* dos sujeitos protegidos, que são os necessitados[116].

Em importante precedente de sua Corte Especial, o Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de decidir que "a expressão 'necessitados' (art. 134, caput, da Constituição), que qualifica, orienta e enobrece a atuação da Defensoria Pública, deve ser entendida, no campo da Ação Civil Pública, em sentido amplo, de modo a incluir, ao lado dos estritamente carentes de recursos financeiros - os miseráveis e pobres -, os hipervulneráveis (isto é, os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras), enfim todos aqueles que, como indivíduo ou classe, por conta de sua real debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, 'necessitem' da mão benevolente e solidarista do Estado para sua proteção, mesmo que contra o próprio Estado"[117].

[113] Wambier-Wambier-Medina, Breves, 312-313; Carvalho Filho, Ação, p. 156-157; Pereira e Bottini, A Defensoria, p. 273-278.

[114] Pinho, A legitimidade, p. 185.

[115] STJ, 4ª Turma, REsp 1.192.577/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 15/05/2014, DJe 15/08/2014.

[116] STJ, 2ª Turma, REsp 1.264.116/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 18.10.2011, *DJe* 13.04.2012. Com o mesmo entendimento amplo: STJ, 1ª Turma, REsp 912.849/RS, rel. Min. José Delgado, j. 26.02.2008, *DJe* 28.04.2008.

[117] STJ, Corte Especial, EREsp 1.192.577/RS, rel. Min. Laurita Vaz, j. 21/10/2015, DJe 13/11/2015.

A par da discussão a respeito da extensão da legitimidade ativa da Defensoria Pública na tutela coletiva, o reconhecimento de sua legitimação traz algumas interessantes consequências, tais como a possibilidade de formação de um litisconsórcio ativo entre Defensorias Públicas, por aplicação extensiva do art. 5º, § 5º, da Lei 7.347/1985 (LACP)[118]. Também se admite que a Defensoria Pública, órgão público que é, celebre compromisso de ajustamento de conduta, nos termos do art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/1985 (LACP)[119]. Não terá, entretanto, legitimidade para conduzir inquérito civil, atuação privativa do Ministério Público (art. 8º, § 1º, da Lei 7.347/1985), também faltando legitimidade à Defensoria Pública para a propositura da ação popular, que continua exclusiva do cidadão (art. 1º, *caput*, da Lei 4.717/1965), e para a propositura da ação de improbidade administrativa (art. 17, *caput*, da Lei 8.429/1992)[120].

Com legitimidade ativa para a propositura da ação coletiva, é natural que se admita a intervenção da Defensoria Pública em processo coletivo proposto por outro legitimado, nos termos do art. 5º, § 2º, da Lei 7.347/1985. Essa dupla forma de atuação pode sugerir a desnecessidade de aplicação da teoria da intervenção da Defensoria Pública no processo coletivo na qualidade de custos vulnerabilis. O tema, inclusive, merece um breve parêntesis, ainda que não seja o local adequado para o seu aprofundamento.

Trata-se de intervenção institucional pela qual a Defensoria Pública, em nome próprio, atua na tutela dos vulneráveis de qualquer ordem e dos direitos humanos[121], com fundamento legal no art. 4º, XI, da LC 80/1994 (Lei Orgânica da Defensoria Pública)

Essa forma de intervenção já foi admitida pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de IRDR[122]. Em realidade, a admissão da Defensoria Pública na defesa dos interesses de vulneráveis, não figurando como autor nem réu da demanda, já havia anteriormente sido reconhecida pelos tribunais superiores[123], mas o recente julgamento supramencionado foi o primeiro a tratar expressamente tal intervenção na qualidade de custos vulnerabilis.

Voltando ao tema, a impressão de que a legitimidade ativa da Defensoria Pública nas ações coletivas pudesse tornar sua intervenção nessas espécies de ação irrelevante é enganosa.

Primeiro porque é possível que a Defensoria Pública, mesmo tendo legitimidade para a propositura ou participação superveniente como litisconsorte – ou

[118] Didier Jr. e Zaneti Jr., Curso, p. 219; Ordacgy, Primeiras, p. 96-97, Séguin, Defensoria, p. 157.

[119] Lima, Defensoria, p. 245-246.

[120] Câmara, Legitimidade, p. 49.

[121] Maia, Legitimidades, p. 45.

[122] STJ, 2ª Seção, EDcl no REsp 1.712.163/SP, rel. Min. Moura Ribeiro, j. 25/09/2019, DJe 27/09/2019.

[123] STJ, 2ª Turma, Agint no REsp 1.729.246/AM, rel. Min. Herman Benjamin, j. 04/09/2018, DJe 20/11/2018; STF, Decisão Monocrática do Min. Ricardo Lewandowski, HC 143.641. A respeito desse julgado, conferir o artigo de Bheron Rocha e Gonçalves Filho, "STF admite legitimidade da Defensoria para intervir como custos vulnerabilis", in https://www.conjur.com.br/2018-abr-04/legitimidade-defensoria-intervir-custos-vulnerabilis, acessado em 02/10/2019.

assistente litisconsorcial – possa preferir não assumir o polo ativo da demanda, e participar como custos vulnerabilis. Afinal, o Ministério Público, invariavelmente quando não propõe a ação coletiva, mesmo tendo legitimidade, não assume o polo ativo, participando apenas como fiscal da ordem jurídica. Se o Ministério Público pode optar por sua qualidade processual, não é possível entendimento diverso para a Defensoria Pública.

Segundo porque existem espécies de ação coletiva para a qual a Defensoria Pública não tem legitimidade ativa, de forma que nesses casos sua eventual participação nunca será na qualidade de autora ou assistente litisconsorcial. É verdade que para o mandado de segurança coletivo, para o qual a Defensoria Pública não tem legitimidade prevista em lei, é possível admitir-se sua presença no polo ativo por analogia ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça que entende pela legitimidade ativa do Ministério Público mesmo não havendo previsão expressa nesse sentido no art. art. 21, caput, da Lei 12.016/2009.

A valorização do microssistema coletivo, entretanto, não é apta a legitimar a Defensoria Pública a propositura de ação popular e de ação de improbidade administrativa. Nessas espécies de ação coletiva a intervenção da Defensoria Pública deverá ser admitida na qualidade de custos vulnerabilis.

É preciso registrar que tanto na ação popular como na ação de improbidade administrativa se busca a tutela do patrimônio público, indiscutivelmente de natureza difusa. O Supremo Tribunal Federal, ao definir o alcance da legitimidade ativa da Defensoria Pública nas ações coletivas entendeu que sempre que houver necessitados de qualquer ordem dentre os sujeitos a serem tutelados será admitida a presença da Defensoria Pública no polo ativo[124]. Ora, se o direito tutelado na ação popular e na ação de improbidade é difuso, seu titular é a coletividade, e em toda coletividade haverá necessitados.

Significa dizer que se a intervenção da Defensoria Pública como custos vulnerabilis se justifica para a tutela dos necessitados, função institucional da Defensoria Pública, não há como negar sua intervenção nas ações populares e de improbidade administrativa. Afinal, na defesa do patrimônio público sempre estarão sendo inexoravelmente tutelados sujeitos vulneráveis (ou necessitados).

Por fim, também é possível admitir-se a presença da Defensoria Pública na qualidade de custos vulnerabilis em demandas coletivas nas quais, embora ela tenha legitimidade ativa, o exercício de suas funções institucionais não se coaduna com a pretensão autoral. Nesse caso, a defesa dos necessitados será exercida contra a pretensão do autor, se compatibilizando, ainda que não completamente, com os interesses do réu.

Tome-se como exemplo ação civil pública proposta pelo Ministério Público contra determinado Município pretendendo a remoção de pessoas em situação de necessidade e regularização do imóvel. Nesse caso, é evidente a relevância

[124] STF, Tribunal Pleno, ADI 3.943/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 07/05/2015, DJe 06/08/2015.

institucional da participação da Defensoria Pública, mas sem qualquer coincidência entre a pretensão do autor coletivo e a sua finalidade institucional. Apesar de poder ingressar tardiamente no polo ativo nos termos do art. 5º, § 2º, da Lei 7.347/1985, nesse caso sua atuação será muito amis adequada como custos vulnerabilis.

Pode até se ver, ainda que de forma enviesada e indireta, uma espécie de ação coletiva passiva nesse caso, já que os afetados pela procedência do pedido do autor serão membros de uma comunidade de vulneráveis. E nesse caso, ainda que a Defensoria Pública não tenha legitimidade passiva para a demanda, - salvo se admitida a ação coletiva passiva, tema controverso tratado no Capítulo 21 – deverá ser admitida como custos vulnerabilis.

Há, inclusive, espaço para se defender a intervenção em ações coletivas nas quais os vulneráveis sejam afetados sem que rigorosamente estejam sendo tutelados nem pelo autor e nem pelo réu. Em exemplo concreto, o Ministério Público aciona o Município para a retirada de ambulantes de uma determinada área, não havendo resistência séria por parte do réu[125]. Nesse caso, a intervenção da Defensoria Pública como custos vulnerabilis não é só cabível, mas se faz necessária para dar visibilidade jurídica ao direito dos ambulantes.

Registre-se, por fim, que ainda que os motivos institucionais de intervenção do Ministério Público e da Defensoria Pública sejam inegavelmente distintos, ainda que com pontos de contato, a partir do momento em que a Defensoria Pública for admitida como custos vulnerabilis no processo, terá os mesmos poderes do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica[126].

8.3. LEGITIMAÇÃO ATIVA NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

O art. 21, *caput*, da Lei 12.016/2009 prevê a legitimidade ativa para a propositura do mandado de segurança coletivo. Na realidade, a legitimação encontra-se prevista no art. 5º, LXX, da CF, sendo interessante notar que não houve ampliação do rol constitucional, quando muito uma especificação dos legitimados ativos. Não que a amplificação por lei infraconstitucional seja vedada[127], mas ela simplesmente não ocorreu.

O primeiro legitimado ativo previsto pelo art. 5º, LXX, *a*, da CF é o partido político com representação no Congresso Nacional, e o art. 21, *caput*, da Lei 12.016/2009, além de insistir na existência de representação no Congresso Nacional, adiciona o requisito de que a atuação do partido político se dará na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade

[125] http://www.defensoria.ba.def.br/arquivo/noticias/sto-antonio-de-jesus-defensoria-atuara-como-custos-vulnerabilis-em-favor-de-vendedores-ambulantes, acessado em 02/10/2019.

[126] Scarpinella Bueno, Curso, p. 218; STJ, 2ª Seção, EDcl no REsp 1.712.163/SP, rel. Min. Moura Ribeiro, j. 25/09/2019, DJe 27/09/2019.

[127] Hermes Zaneti Jr., Mandado de segurança coletivo, p. 171.

partidária. Essa nova exigência do dispositivo legal parece contrariar a melhor doutrina, que afasta a necessidade de pertinência temática para os partidos políticos ingressarem com ação coletiva, inclusive com o mandado de segurança coletivo.

Apesar da crítica de parcela da doutrina[128], entendo que o dispositivo legal ora comentado não é restritivo como pareceu a essa corrente doutrinária, não sendo necessários grandes exercícios de interpretação para se chegar a tal conclusão. Naturalmente, a legitimação dos partidos políticos não está limitada à defesa de seus integrantes, e isso por três razões: (a) seria inútil a previsão, considerando-se a estrutura administrativa de associação do partido político, bastando a aplicação da segunda parte do dispositivo ora comentado para atribuir tal legitimação aos partidos políticos; (b) a própria lei prevê que, além da defesa do interesse de seus integrantes, também poderá ser impetrado mandado de segurança coletivo na defesa de interesses referentes à finalidade partidária; (c) não cabe ao texto infraconstitucional limitar a abrangência de dispositivo constitucional. O desafio, portanto, é descobrir o que significa "finalidade partidária" à luz do art. 5º, LXX, da CF.

Entendo que por finalidade partidária encontra-se fundamentalmente o "bem comum", sendo esse o objetivo de todo partido político a se colocar entre a sociedade e o Estado, porém essa conclusão poderá ser confrontada com o art. 1º da Lei 9.096/1995 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos), que prevê ser função dos partidos políticos assegurar a autenticidade do regime representativo e a defesa dos interesses fundamentais definidos no texto constitucional. Registre-se que atualmente é prevalente no Supremo Tribunal Federal o entendimento que vincula a legitimidade do partido político à defesa de interesses de seus filiados no que diz respeito aos direitos políticos e aos direitos fundamentais. No julgamento do RE 196.184/AM, os Ministros Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim expressamente se colocaram contra a legitimidade universal do partido político na propositura de mandado de segurança coletivo, restando vencidos os Ministros Ellen Gracie e Carlos Britto.

Segundo o texto constitucional, também é legitimada para a propositura do mandado de segurança a organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, na defesa dos interesses de seus membros ou associados. Nesse tocante, o art. 21, *caput*, da Lei 12.016/2009 traz interessantes inovações, notadamente ao consagrar legislativamente entendimentos jurisprudenciais.

Primeiro, prevê que a defesa não precisa ser da totalidade dos membros ou associados dos legitimados ativos, bastando que os direitos líquidos e certos violados ou ameaçados sejam de parte deles. A previsão legal, na realidade, consagra entendimento jurisprudencial dominante e sumulado no Supremo Tribunal Federal[129].

[128] Medina-Araújo, *Mandado*, n. 21.7.1, p. 214.

[129] Súmula 630/STF: "A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria".

Em segundo lugar, exige que os interesses defendidos sejam pertinentes às finalidades do legitimado, ou seja, impõe a existência de pertinência temática. Por fim, dispensa expressamente a autorização formal de seus membros e associados, considerando a diferença entre representação processual (desde que autorizados, os legitimados ora analisados podem defender interesses individuais de seus membros ou associados) e substituição processual (o legitimado atua em nome próprio em defesa dos interesses de seus membros ou associados). Mais uma vez a legislação se adéqua ao entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal[130].

Apesar da omissão legal, parece correto o entendimento pela aplicação subsidiária dos arts. 5º, § 4º, da Lei 7.347/1985 e 82, § 1º, do CDC, sendo que a exigência de um ano de existência da associação, sindicato ou entidade de classe pode ser afastada pelo juiz no caso concreto, se existir manifesto interesse social caracterizado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser tutelado. Não considero adequado o entendimento de que o art. 21, *caput*, da Lei 12.016/2009, por ser norma específica e mais recente, deve prevalecer, de forma que o requisito da constituição há mais de um ano não possa ser afastado[131]. Levando-se em conta a existência de um microssistema coletivo, no qual os diplomas legais devem ser interpretados em conjunto levando-se sempre em conta a maior amplitude da defesa dos direitos coletivos *lato sensu*, não há como afastar a aplicação dos dispositivos já mencionados da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor[132].

Ainda que o dispositivo legal consagre diversos entendimentos jurisprudenciais, naqueles em que existe uma maior polêmica, infelizmente o legislador se absteve. Conforme bem observado pela melhor doutrina, nada foi dito a respeito da legitimidade de partido político para ingressar com mandado de segurança quando tiver representação nas casas legislativas municipais ou estaduais, mas não no Congresso Nacional, bem como a continuidade da legitimação quando o partido político perde tal representação[133]. Há uma inclinação doutrinária pela admissão do mandado de segurança coletivo no âmbito restrito municipal ou estadual, quando o partido político tenha representação somente local. Na questão da perda superveniente da legitimação por perda de representação, parece adequada a aplicação por analogia do entendimento consagrado no controle concentrado de constitucionalidade[134], de que a perda da representação durante a ação não acarreta a perda superveniente de legitimação.

[130] Súmula 629/STF: "A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes".

[131] Nesse sentido, Scarpinella Bueno, *A nova*, p. 125.

[132] Luiz Manoel Gomes Junior; Rogério Favreto, *Comentários*, p. 185; Medina-Araújo, *Mandado*, n. 21.7.2, p. 215; Rocha Lopes, *Comentários*, p. 152; Hermes Zaneti Jr., Mandado de segurança coletivo, p. 175-176.

[133] Scarpinella Bueno, *A nova*, p. 124.

[134] STF, Tribunal Pleno, ADIn 2.618 AgRg-AgRg/PR, rel. Min. Carlos Velloso, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 12.08.2004.

Nenhuma palavra foi dita também a respeito da legitimação do Ministério Público na impetração do mandado de segurança coletivo, o que dividiu a doutrina que até o momento teve oportunidade de se manifestar sobre o tema[135]. Apesar do silêncio legal, firme na ideia de microssistema coletivo e na maior amplitude possível de tutela dos direitos coletivos *lato sensu* por meio do mandado de segurança, penso que o melhor entendimento seja aquele pela legitimidade do Ministério Público, ainda que, no tocante aos direitos individuais homogêneos, tal legitimidade esteja limitada aos direitos indisponíveis e aos direitos disponíveis com repercussão social. Nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça concernente ao tema[136].

8.4. LEGITIMAÇÃO ATIVA NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

8.4.1. Introdução

Conforme já mencionado, os legitimados ativos da ação de improbidade administrativa são somente aqueles previstos no art. 17, *caput*, da LIA: o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada, não se admitindo interpretação ampliativa do dispositivo legal[137]. A análise da legitimação de cada um desses sujeitos será feita em tópicos próprios.

8.4.2. Pessoa jurídica interessada

Conforme consta do art. 1º da Lei 8.429/1992, os atos de improbidade administrativa podem ser praticados contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual. Também pode ser praticado ato de improbidade administrativa contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, nos termos do parágrafo único do mesmo dispositivo legal.

Prevendo o art. 17, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa a legitimidade da "pessoa jurídica interessada", questiona-se se todas as pessoas jurídicas

[135] A favor: Scarpinella Bueno, *A nova*, p. 127; Eduardo Arruda Alvim, Apontamentos, p. 54-55. Contra: Luiz Manoel Gomes Junior; Rogério Favreto, *Comentários*, p. 178-179; Hermes Zaneti Jr., Mandado de segurança coletivo, p. 195.

[136] STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 746.846/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, j. 15/12/2015, DJe 05/02/2016; STJ, 1ª Turma, AgRg no Ag 1.249.132/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 24/08/2010, DJe 09/09/2010.

[137] STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 563.577/DF, rel. Min. Herman Benjamin, j. 12/02/2015, DJe 20/03/2015; STJ, 1ª Turma, REsp 1.071.138/MG, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 10/12/2013; DJe 19/12/2013.

previstas no art. 1º da mesma lei têm legitimidade para a propositura da ação de improbidade administrativa. O tema é polêmico.

Para parcela doutrinária a legitimidade restringe-se às pessoas jurídicas de direito público vitimadas pelo ato de improbidade administrativa, abrangendo a administração direta (União, Estados e Municípios) e indireta e fundacional[138]. O principal argumento é de que a ação de improbidade administrativa não visa proteger o patrimônio privado das demais pessoas jurídicas previstas no art. 1º da LIA, mas o uso irregular dos recursos públicos nelas investido[139].

Prefiro o entendimento ampliativo no sentido de que todas as pessoas jurídicas que possam ser prejudicadas por ato de improbidade administrativa tenham legitimidade ativa para a propositura da ação ora analisada[140]. O legislador, apesar de fazer menções à Fazenda Pública nos §§ 2º e 3º do art. 17 da LIA, preferiu a utilização do termo "interessada" no *caput* do dispositivo para qualificar a legitimidade ativa para a propositura da ação.

O interesse deve ser naturalmente jurídico, verificado justamente em razão de ter sido a pessoa jurídica vitimada pelo ato de improbidade administrativa. O fato de os valores que venham a ser obtidos na ação serem revertidos à pessoa jurídica de direito público que haja incorporado, criado, custeado ou incentivado a pessoa jurídica de direito privado é irrelevante, considerando-se a natureza extraordinária da legitimação ativa. Significa que a pessoa jurídica de direito privado tem interesse jurídico porque foi vítima do ato de improbidade administrativa, e, mesmo não sendo credora dos valores que possam ser recuperados por meio da ação de improbidade administrativa, poderá propor a ação em prol da coletividade. Por outro lado, a ação pode visar à condenação de dirigente da própria pessoa jurídica privada, que naturalmente terá interesse jurídico em demonstrar que não compactuou com o ato de improbidade administrativa.

Por outro lado, não teria sentido a lei prever que a pessoa jurídica de direito privado pode ser vítima de ato de improbidade e não lhe outorgar a legitimidade ativa para a propositura da correspondente ação judicial[141].

Uma vez admitida a legitimidade da pessoa jurídica de direito privado mencionado no art. 1º da LIA, é indubitável a natureza extraordinária dessa legitimidade. A natureza jurídica da legitimação da pessoa jurídica de direito público lesada pelo ato de improbidade administrativa suscita na doutrina alguma dúvida em razão da duplicidade de interesses que podem ser divisados em uma ação na qual a própria pessoa jurídica lesada ingressa com ação para reparação de seu patrimônio, que, por ser público, também interessa à coletividade.

[138] Marques, Improbidade, 2.4.4.1, p. 196; Ferraresi, Lei, p. 175.

[139] Garcia-Alves, Improbidade, 6.2, p. 644; Zavascki, Processo, p. 128; Andrade-Masson-Andrade, Interesses, 6.12.3, p. 732; Sobrane, Improbidade, 8.3.1, p. 122.

[140] Meirelles-Wald-Mendes, Mandado, p. 266; Brito dos Santos, 4.2.2.5, p. 243; Pazzaglini, Lei, 3.4.2, p. 204.

[141] Oliveira, Improbidade, 10.2.2, p. 352; Decomain, Improbidade, 9.2.2, p. 232.

Essa duplicidade de interesses leva parcela da doutrina a defender uma natureza híbrida da legitimidade da pessoa jurídica de direito público lesada: é ordinária porque a pessoa jurídica defende em nome próprio seu próprio interesse à recomposição patrimonial, e também é extraordinária porque defende em nome próprio interesse da coletividade na recomposição do patrimônio público[142].

O entendimento, entretanto, não deve ser prestigiado. Ainda que se reconheça a inegável existência de um interesse da administração pública na recomposição de seu patrimônio, para tal intento não se presta a tutela coletiva. O direito individual de recomposição de seu patrimônio deve ser perseguido pela administração pública no plano da tutela individual, por meio de uma corriqueira ação de cobrança. Optando por qualquer ação coletiva, a de improbidade administrativa incluída, o interesse que legitimará a aplicação do microssistema coletivo será necessariamente de natureza transindividual ou individual homogêneo, em nítida hipótese de legitimidade extraordinária.

Portanto, em uma ação de improbidade administrativa o interesse tutelado será sempre o direito difuso da coletividade na proteção e recomposição do patrimônio público, e a legitimidade ativa é sempre extraordinária – ou autônoma para condução do processo como prefere parcela da doutrina –, mesmo para a pessoa jurídica de direito público lesada pelo ato de improbidade.

Apesar das instigantes polêmicas a respeito da legitimidade ativa da pessoa jurídica interessada, na prática é extremamente rara a propositura de ações de improbidade administrativa por esses sujeitos. O corporativismo fala mais alto e infelizmente ainda não temos a maturidade política e a plena cidadania que seriam necessárias para uma atuação mais efetiva dessas pessoas jurídicas como autoras das ações de improbidade administrativa.

8.4.3. Ministério Público

O Ministério Público tem legitimidade para a propositura da ação de improbidade administrativa por expressa previsão do art. 17, *caput*, da LIA. O dispositivo infraconstitucional tem esteio em norma constitucional, mais precisamente o art. 129, III, da CF, ao prever ser uma das finalidades institucionais do Ministério Público a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Conforme ensina a melhor doutrina, não se devem confundir os interesses de direito material decorrentes de prejuízos ao erário em virtude da prática de ato de improbidade administrativa. O interesse individual da pessoa jurídica de direito público lesada não se confunde com o interesse difuso da coletividade[143].

[142] Garcia-Alves, Improbidade, 6.2, p. 644; Andrade-Masson-Andrade, Interesses, 6.12.3, p. 732; Sobrane, Improbidade, 8.3.1, p. 126.

[143] STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 484.423/MS, rel. Min. Assusete Magalhães, j. 01/12/2015, DJe 14/12/2015.

Interesse público primário e secundário, nas lições consolidadas de direito administrativo[144].

Diante da distinção e da natureza do direito tutelado pelas ações que compõem o microssistema coletivo, inclusive a de improbidade administrativa, é absolutamente inadequado afirmar que a propositura dessa ação pelo Ministério Público de alguma forma afrontaria o art. 129, IX, da CF, que proíbe o *parquet* a representar judicialmente as entidades públicas. Haveria afronta ao dispositivo legal, se o Ministério Público ingressasse com uma mera ação de cobrança amparada pelo sistema processual da tutela individual visando a reparação do patrimônio público.

Na ação de improbidade administrativa, entretanto, não é esse o interesse defendido, mas o direito difuso da coletividade na proteção do patrimônio público[145]. Nesse sentido o entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça[146]. A possibilidade de o Ministério Público tutelar por meio de ação coletiva o erário é, inclusive, sumulado[147].

Nota-se que, em qualquer ação coletiva pela qual o Ministério Público busque a proteção do patrimônio público, a legitimidade estará justificada na espécie de direito tutelado em tal ação. Na hipótese de ação de improbidade administrativa, a legitimação é ainda mais justificável e, por que não dizer, necessária.

É ainda mais justificável porque na ação de improbidade administrativa não se busca somente a tutela de reparação do patrimônio público, mas também a imposição de sanções aos ímprobos, o grande diferencial dessa espécie de ação coletiva[148]. O interesse à punição daqueles que praticam os atos de improbidade administrativa nos termos do art. 12 da LIA é indiscutivelmente de natureza difuso, cujo titular é a coletividade. Ora, se o Ministério Público tem legitimidade para em ação civil pública pedir a recomposição do patrimônio público, com ainda mais razão terá para fazê-lo por meio de ação de improbidade administrativa.

E a legitimidade é ainda mais necessária porque, se a propositura depender da iniciativa das pessoas jurídicas de direito público lesadas, seria extremamente rara a existência desse tipo de ação. Como lembra a melhor doutrina, os membros dos corpos jurídicos dessas pessoas jurídicas de direito público não têm autonomia para a propositura de ações, o que obviamente será decisivo na opção pela omissão. Não é mesmo crível imaginar que um procurador do Estado ingresse com ação de improbidade contra o governador, ou o advogado da União contra o Presidente[149].

[144] Informativo 384/STJ, 2ª Turma, REsp 1.069.723-SP, rel. Min. Humberto Martins, j. 19.02.2009.

[145] Sobrane. *Improbidade*, 2010, p. 125.

[146] STJ, 2.ª Turma, REsp 1.233.629/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 14.06.2011, *DJe* 14.09.2011; STJ, 1.ª Turma, AgRg no Ag 1.338.058/MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 05.04.2011, *DJe* 08.04.2011.

[147] Súmula 329/STJ: "O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público".

[148] Oliveira, Improbidade, 10.2.1, p. 346.

[149] Nery, O sistema, apud Pacheco-Alves, 6.3, p. 646.

Atualmente a legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação de improbidade administrativa é indiscutível, entendendo o Superior Tribunal de Justiça, inclusive, que tal legitimidade se aplica a atos praticados antes da Constituição Federal de 1988[150].

8.5. PROCESSO COLETIVO ESPECIAL

No polo ativo, o art. 103 da CF prevê um amplo rol de legitimados para o processo objetivo, o que se mostra positivo em termos de incentivo à propositura dessa espécie de demanda e, por consequência, natural fortalecimento do controle concentrado de constitucionalidade[151].

Sendo o direito discutido no processo objetivo de natureza difusa (direito da coletividade a um sistema constitucional coeso), o legitimado ativo não está em juízo defendendo em nome próprio um interesse próprio, de forma a ser inaplicável a legitimação ordinária. O autor estará em juízo em nome próprio defendendo direito da coletividade. Trata-se, portanto, de legitimação extraordinária ou, para a parcela da doutrina que rejeita a existência dessa espécie de legitimidade na tutela de direitos difusos, como é o caso, de legitimação autônoma para condução do processo.

Dentre os legitimados previstos pelo dispositivo constitucional mencionado existe uma interessante divisão doutrinária[152]: (a) legitimados universais, cujo papel institucional permite a defesa da Constituição em qualquer hipótese: Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional; (b) legitimados especiais, com atuação restrita às questões que repercutem diretamente sobre a esfera jurídica do grupo de pessoas sobre as quais tenham representatividade adequada: Mesa de Assembleia Legislativa, Governador de Estado, Governador do Distrito Federal e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Importante ressaltar que a legitimidade desses sujeitos será analisada tão somente no momento de propositura da demanda, não havendo extinção da ação por perda superveniente de legitimidade ativa. Logo, ainda que o partido político deixe de ter representação no Congresso Nacional durante o trâmite procedimental de ação declaratória de inconstitucionalidade proposta por ele, a ação seguirá normalmente[153]. Excepcionalmente, portanto, não haverá carência superveniente na hipótese de o autor deixar de ter legitimidade[154].

[150] Informativo 426/STJ, 1ª Turma, REsp 1.113.294/MG, rel. Min. Luiz Fux, j. 09.03.2010.

[151] Mendes-Coelho-Branco, *Curso*, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 1.049.

[152] Barroso, *O controle*, p. 153.

[153] STF, Tribunal Pleno, ADIn 2.618 AgRg-AgRg/PR, rel. Min. Carlos Velloso, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 12.08.2004.

[154] Expondo a carência superveniente como regra: Theodoro Jr., *Curso*, n. 320, p. 356; Nery Jr.-Nery, *Código*, p. 503; Yarshell, *Ação*, n. 41, p. 133.

Característica singular do processo objetivo é a existência de uma excepcional capacidade postulatória das autoridades – prevista pelo art. 103 da CF –, considerando o Supremo Tribunal Federal que, nesse caso, ao menos enquanto ostentarem a condição prevista em lei, estão habilitadas a praticar atos privativos de advogado[155]. Essa excepcional dispensa da capacidade postulatória, inclusive, já foi estendida pelo Supremo Tribunal Federal para a propositura da reclamação constitucional por governador contra decisão que descumpriu decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade[156].

Considero absolutamente irrazoável o entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, não havendo qualquer sentido lógico ou jurídico para permitir atos privativos de advogados a sujeitos que não tenham a devida capacidade postulatória, salvo os procuradores que atuam em pessoas jurídicas da administração direta legitimadas à propositura de processo objetivo, que naturalmente tem capacidade postulatória funcional.

A legitimidade ativa do Presidente da República é ampla e irrestrita, sendo irrelevante sua participação na elaboração e/ou aprovação da lei ou ato normativo reputado por inconstitucional. Portanto, caso tenha seu veto derrubado ou mesmo quando tenha participado do procedimento legislativo por meio de iniciativa ou sanção, poderá ingressar com ação direta de inconstitucionalidade[157].

As questões mais polêmicas a respeito da legitimidade ativa são reservadas ao entendimento do que seria efetivamente uma confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. A dificuldade de precisar o conceito dos sujeitos ora descritos não significa que, nesses casos, o Supremo Tribunal Federal faça uma análise concreta da representação adequada, verificação estranha ao sistema coletivo atualmente existente no direito brasileiro, considerando-se ser a legitimação ativa coletiva *ope legis*. Na realidade, caberá ao Supremo Tribunal Federal precisar o conceito legal, mas jamais poderá negar legitimidade a um sujeito que se enquadre nesse conceito legal por uma suposta incapacidade técnica, ou de qualquer outra natureza, de ingressar com a ação direta de inconstitucionalidade, salvo a ausência de pertinência temática, que será analisada em seu devido tempo.

Por entidade de classe o Supremo Tribunal Federal considera uma entidade cujos filiados estejam vinculados entre si pelo exercício da mesma atividade econômica ou profissional, existindo, portanto, um interesse comum, não se admitindo a legitimidade de entidades criadas circunstancialmente por membros que não tenham homogeneidade de interesses[158]. O Supremo Tribunal Federal superou antigo entendimento, passando a admitir entidades nacionais de associações estaduais como legitimadas à propositura da ação direta de inconstitucionalidade, reputando que a defesa dessa associação nacional não seria propriamente das associações esta-

[155] STF, Tribunal Pleno, ADIn 127 MC-QO/AL, rel. Min. Celso de Mello, j. 20.11.1989.

[156] STJ, Tribunal Pleno, Rcl 1.864/SP, rel. Min. Mauricio Corrêa, j. 15/10/2003, DJe 02/04/2004.

[157] Barroso, *O controle*, p. 153-154.

[158] Barroso, *O controle*, p. 157; Mendes-Coelho-Branco, *Curso*, p. 1.050.

duais, mas dos interesses da classe. Além disso, como corretamente admitido pelo voto do Ministro Sepúlveda Pertence, nas confederações sindicais existe fenômeno semelhante (os associados não são pessoas físicas, mas associações), não sendo legítimo tratamento diverso no tocante a associações nacionais não sindicais[159].

Apesar de algumas críticas doutrinárias, o Supremo Tribunal Federal consolidou a aplicação analógica da Lei Orgânica dos Partidos Políticos para objetivar a dimensão nacional da entidade de classe, de forma que somente será considerada nacional a entidade que tiver membros em pelo menos nove Estados da Federação e atuação transregional, sendo irrelevante a expressa menção formal ao caráter nacional nos atos constitutivos da entidade[160]. Nos termos do art. 535 da CLT, a confederação sindical deve estar organizada com no mínimo três federações (três Estados), sendo entendimento pacificado do Supremo Tribunal Federal a ilegitimidade ativa das associações, federações ou qualquer outra organização de índole sindical que não a confederação sindical[161].

Definido o conceito de entidade de classe de âmbito nacional e confederação sindical, caberá ao Supremo Tribunal Federal analisar a pertinência temática no caso concreto. Significa que, além de se encaixar no conceito fixado pelo próprio órgão supremo, só se admitirá a propositura da ação direta de inconstitucionalidade na hipótese de existir um vínculo de afinidade temática entre a entidade de classe ou confederação sindical e o objeto litigioso[162]. Embora a Ordem dos Advogados do Brasil seja considerada uma entidade de classe, a expressa previsão da legitimidade no art. 103 da CF afasta a exigência da "pertinência temática", havendo nesse caso a chamada legitimidade universal[163].

Existe interessante debate acadêmico a respeito do fundamento da extinção do processo na hipótese de não restar configurada a chamada pertinência temática. Todos concordam pela extinção por carência da ação, mas a doutrina se divide entre aqueles que defendem como fundamentos a ilegitimidade ativa[164] e a ausência de interesse de agir[165]. O Supremo Tribunal Federal dá sinais de compartilhar do primeiro entendimento[166], que realmente parece ser o mais correto, considerando-se que a admissão ou não de determinado sujeito no polo ativo de uma demanda judicial diz respeito à sua legitimação para a propositura da ação. Na prática, como se nota, não há consequência relevante da distinção, sendo o acórdão sempre fundado no art. 485, VI, do Novo CPC.

[159] Informativo 361 do STF: ADIn 3.153 AgRg/DF, rel. Min. Celso de Melo, rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.08.2004.

[160] Mendes-Coelho-Branco, *Curso*, p. 1.052; STF, ADIn 912/RS, Tribunal Pleno, rel. Min. Néri da Silveira, j. 04.08.1993.

[161] STF, Tribunal Pleno, ADIn 4.361 AgRg/PA, rel. Min. Luiz Fux, j. 16.11.2011, *DJe* 01.02.2012.

[162] STF, Tribunal Pleno, ADI 5.240/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 20/08/2015, DJe 01/02/2016; STF, Tribunal Pleno, ADI 4.079/ES, rel. Min. Roberto Barroso, j. 26/02/2015, DJe 05/05/2015.

[163] STF, Tribunal Pleno, ADI 4.650/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 17/09/2015, DJe 24/02/2016.

[164] Didier Jr.-Braga-Oliveira, *Aspectos*, p. 371.

[165] Barroso, *O controle*, p. 159; Mendes-Coelho-Branco, *Curso*, p. 1.054.

[166] STF, 1ª Turma, RE 772.443 AgR/MG, rel. Min. Luiz Fux, j. 28/04/2015, DJe 18/05/2015.

Quanto à legitimidade ativa na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o art. 12-A da Lei 9.868/1999 prevê os mesmos legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. Nenhuma novidade, sendo os legitimados aqueles previstos pelo art. 103 da CF. Não há também especialidade no tocante à legitimidade ativa na ação declaratória de constitucionalidade, e, desde a Emenda Constitucional 45/2004, o mesmo rol do art. 103 da CF se presta a regular tal legitimação para qualquer ação de controle concentrado de constitucionalidade.

Na arguição de descumprimento do preceito fundamental, o art. 2º, I, da Lei 9.882/1999 prevê serem legitimados ativos os mesmos sujeitos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade.

Cumpre apenas o registro de que o inciso II do artigo ora analisado, que previa a legitimidade ativa de qualquer pessoa lesada ou ameaçada pelo ato do poder público, foi vetado, o que impediu uma significativa modificação no tratamento do controle concentrado de constitucionalidade. Das razões do veto nota-se nitidamente uma preocupação pragmática com as consequências trágicas que se abateriam sobre o Supremo Tribunal Federal na hipótese de legitimidade ativa nessa espécie de ação para qualquer sujeito. A preocupação com uma eventual elevação excessiva do número de ações de competência originária do Supremo poderia inviabilizar funcionalmente o tribunal, afetando o interesse público em seu bom funcionamento.

Compreende-se plenamente o receio exposto no veto presidencial, mas considero um tanto alarmista, para não dizer catastrófica, a presunção de inviabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal. A experiência tem mostrado que ações judiciais de natureza altruísta, que buscam a tutela de interesses alheios, não são utilizadas com frequência pelos cidadãos, como se pode constatar do pequeno número de ações populares em comparação com ações civis públicas. Custo a crer que, ampliada a legitimação ativa na ação autônoma de arguição de descumprimento de preceito fundamental, haveria um aumento tão significativo de ações que inviabilizaria o serviço jurisdicional oferecido pelo Supremo Tribunal Federal.

Impressão um pouco diferente tenho a respeito da ação incidental de arguição de descumprimento, porque, nesse caso, a natureza altruísta da arguição esconderá um interesse direto e bem palpável de uma das partes envolvidas em processo judicial. Existe corrente doutrinária que, inclusive, entende que a ampliação da legitimidade só atingiria a arguição incidental, em razão da necessidade de o autor da ação ser, nos termos da norma vetada, pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público[167]. Realmente, nesse caso, o perigo de uma enxurrada de ações propostas diretamente ao Supremo Tribunal Federal não é algo a ser considerado.

[167] Cunha Jr., *Controle*, p. 270; Barroso, *O controle*, p. 282.

Concordando-se ou não com o veto presidencial, não parece haver possibilidade de interpretação ampliativa do art. 2º, I, da Lei 9.882/1999, devendo ser respeitada a opção do legislador de associar a legitimação ativa da arguição de descumprimento com a já existente nas outras ações diretas de inconstitucionalidade[168]. E, justamente em razão de nada poder ser feito contra o veto presidencial, a redação do art. 2º, II, § 1º, da Lei 9.882/1999 restou inapropriada, porque faz remição a um inciso objeto de veto, situação inevitável quando um inciso de norma legal é vetado, mas seus parágrafos são mantidos.

Acredito que a consequência mais drástica do veto presidencial foi relegar a arguição incidental a uma utilização muito restrita, praticamente inexistente. Como bem observado pela melhor doutrina, sendo o rol de legitimados o mesmo para arguição incidental e autônoma, será inexplicável a opção pela segunda, cujos requisitos de admissibilidade são mais rígidos[169]. Podendo optar, portanto, naturalmente o farão, em favor da arguição de forma autônoma.

Limitada a legitimação ativa nos termos do art. 103 da CF, qualquer interessado no respeito ao preceito fundamental poderá, mediante representação, solicitar a propositura da arguição de descumprimento ao Procurador-Geral da República, que, em deliberação irrecorrível, decidirá pelo cabimento de seu ingresso em juízo. A irrecorribilidade da decisão decorre de mais um veto presidencial, dessa vez do art. 2º, § 2º, da Lei 9.882/1999, que permitia ao interessado uma representação ao Supremo Tribunal Federal na hipótese de indeferimento de sua representação perante o Procurador-Geral da República. Ao interessado, portanto, frustrado em sua pretensão, sobrará apenas lamentar ou, por forma não oficial, tentar convencer outro legitimado à propositura da arguição[170].

8.6. LEGITIMADOS PASSIVOS

8.6.1. Introdução

Diferente do que ocorre no polo ativo das ações coletivas, no qual não existe legitimação ordinária, no polo passivo é, em regra, exatamente essa a espécie de legitimidade existente. Os réus, portanto, estarão em juízo em nome próprio na defesa de interesse próprio.

A admissão de legitimação extraordinária no polo passivo da ação coletiva exige a aceitação do chamado processo coletivo passivo, devidamente analisado no Capítulo 21. Nesse caso, como o réu estará em nome próprio na defesa do dever ou estado de sujeição de um grupo, classe ou categoria de pessoas, a legitimação nunca será ordinária, exatamente como ocorre no polo ativo das ações coletivas.

[168] Barroso, *O controle*, p. 283.
[169] Barroso, *O controle*, p. 265.
[170] Barroso, *O controle*, p. 266.

8.6.2. Ação popular

Nos termos do art. 6º, *caput*, da Lei 4.717/1965 (LAP), a ação será proposta contra as pessoas jurídicas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º da mesma lei, que prevê a União, o Distrito Federal, os Estados, os Municípios, as entidades autárquicas, as sociedades de economia mista, as sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, as empresas públicas, os serviços sociais autônomos, as instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita ânua, as empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

Como se pode notar da extensa lista de legitimados passivos, toda pessoa jurídica que de alguma forma gira patrimônio e recursos públicos tem legitimidade passiva na ação popular, o que consagra a sua tradicional característica de forma jurisdicional de controle da administração pública. A amplitude abrange as agências executivas, as agências reguladoras, organizações sociais e organizações da sociedade de interesse público[171]. Para se ter uma ideia de tal amplitude, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de decidir pela legitimidade passiva em ação popular de empresa supranacional[172].

A amplitude na legitimação passiva, entretanto, não deve transpor o limite natural de proteção ao patrimônio público, em suas diversas facetas, por meio da ação popular. Portanto, apesar de nobre a tentativa de alargar a legitimidade passiva na ação popular para pessoas jurídicas privadas, sem qualquer subvenção de cofres públicos, quando o ato ou violação atingir o meio ambiente, parece adequada a resistência a tal entendimento. A ação civil pública será a demanda coletiva adequada para tal hipótese, sendo o cabimento da ação popular tão somente uma indevida ampliação de legitimidade do cidadão para ação coletiva para a qual lhe falta legitimidade.

Além dessas pessoas jurídicas, o art. 6º, *caput*, da Lei 4.717/1965 (LAP) atribui legitimidade passiva às autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão. Como se pode notar do dispositivo legal, qualquer autoridade que participe ativa ou omissivamente da ilegalidade ou abuso de poder tem legitimidade passiva na ação popular, desde o mais alto ao mais baixo posto. O termo "funcionário" não foi utilizado em seu sentido técnico, devendo ser compreendido como qualquer sujeito ocupante de cargo público e de função pública na qualidade de extranumerário, inclusive contratados[173].

[171] Rodrigues, *Ação*, p. 280.
[172] STJ, 2ª Turma, REsp 453.136/PR, rel. Min. Herman Benjamin, j. 03.09.2009, *DJe* 14.12.2009.
[173] Silva, *Ação*, p. 188; Mancuso, *Ação*, p. 172.

Há uma especialidade quanto à legitimação passiva na ação popular decorrente do art. 6º, § 2º, da Lei 4.717/1965, que faz expressa remissão à ação popular fundada em ato ou contrato de operação bancária ou de crédito real quando o valor real do bem dado em hipoteca ou penhor for inferior ao constante de escritura, contrato ou avaliação. Nesse caso, além das pessoas públicas e privadas previstas no art. 1º, *caput*, da mesma lei, o dispositivo ora analisado prevê que apenas os responsáveis pela avaliação inexata e os beneficiários dessa avaliação serão legitimados a compor o polo passivo da ação popular. Entendo que, nesse caso, a novidade fica por conta da exclusão de todas as autoridades, funcionários e administradores que tenham de alguma forma participado do ato, sendo a legitimidade limitada por lei ao responsável direto pela inexata avaliação.

Por fim, o art. 6º, *caput*, da Lei 4.717/1965 (LAP) prevê ainda a legitimidade passiva do beneficiário direto pelo ato ou omissão, esclarecendo o § 1º do mesmo dispositivo que, não havendo, no caso concreto, tal sujeito, ou sendo ele indeterminado, a ação popular será proposta somente contra a pessoa jurídica e a autoridade, funcionário ou administrador. A questão central desse legitimado passivo é a distinção entre aquele sujeito que é beneficiado diretamente pelo ato ou omissão daquele que dele se aproveita de forma indireta. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, os beneficiados indiretos são aqueles apenas episódica e circunstancialmente beneficiados pelo ato ou omissão, ou seja, aqueles que não guardam relação de causalidade necessária e suficiente com a violação apontada na ação popular[174].

Uma empresa que, contratando sem licitação com o Poder Público, aliena bens em valores muito acima dos de mercado certamente é beneficiária direta do ato ilegal, considerando-se que teve um lucro indevido à custa de uma ilegalidade. O diretor responsável pela falcatrua, que recebeu uma comissão em razão da fraudulenta alienação, também é beneficiário direto e deve compor o polo passivo da ação popular. Os sujeitos que se valem dos bens adquiridos no dia a dia, ainda que possam ter sido beneficiados com a aquisição de tais bens pelo poder público, são somente beneficiados reflexos, não havendo, com relação a eles, a vinculação direta à ilegalidade a ponto de lhes conferir legitimidade passiva para compor o polo passivo da ação popular.

O art. 7º, § 2º, III, da Lei 4.717/1965 (LAP) reconhece a dificuldade na determinação *a priori* dos sujeitos responsáveis pelo ato e dos beneficiários diretos. Como é indiscutível a natureza de litisconsórcio necessário previsto pelo art. 6º, *caput*, da referida lei, a ausência de um legitimado passivo poderia levar o processo à sua anulação, o que seria trágico para a tutela do patrimônio público. Buscando evitar que isso ocorra e, ao mesmo tempo, reconhecendo a possibilidade de descoberta de um legitimado passivo somente durante o processo judicial, o artigo ora comentado cria interessante regra que flexibiliza a

[174] STJ, 2ª Turma, REsp 234.388/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 07.06.2005, *DJ* 01.08.2005, p. 373.

estabilização subjetiva da demanda prevista no art. 329 do Novo CPC[175], evitando a anulação do processo.

Segundo o dispositivo legal, se a existência ou identidade de sujeito responsável pelo ato ou omissão ou beneficiário direto se tornarem conhecidas no curso do processo e antes de proferida a sentença, esse sujeito deverá ser citado para integrar o polo passivo da demanda. Como se pode notar do dispositivo legal, haverá a formação de um litisconsórcio passivo ulterior a qualquer momento do processo, desde que antes da sentença, com o que se evita eventual supressão de grau jurisdicional. Ainda segundo o dispositivo legal, uma vez incluído o sujeito no polo passivo, terá aberto o prazo de contestação e a oportunidade de produção de provas, com o que se consagra o indispensável contraditório. Mesmo que esse retrocesso possa atrasar o andamento procedimental da ação popular, não parece que a inclusão tardia de réu no processo possa gerar a dispensa do direito à ampla defesa e contraditório.

Situação especial se configurará se o autor abrir mão da citação real desse litisconsórcio passivo ulterior, preferindo a publicação de edital, o que lhe faculta o art. 7º, § 2º, II, da Lei 4.717/1965. Nesse caso, o terceiro integrado tardiamente ao processo terá um prazo de 30 dias para apresentar sua defesa e, na ausência de resposta, lhe será constituído um curador especial, com poderes especiais para a apresentação de contestação por negativa geral[176]. Como se nota, de qualquer forma, com citação real ou ficta, estar-se-á respeitando o princípio do contraditório.

8.6.3. Ação de improbidade administrativa

É legitimado passivo na ação de improbidade administrativa qualquer sujeito que cometa um ato de improbidade administrativa. Segundo o art. 2º da LIA, reputa-se agente público, para os efeitos da lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior. E nos termos do art. 3º as disposições da lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Como se pode notar, podem praticar atos de improbidade administrativa agentes públicos e terceiros, de modo que a legitimidade passiva na ação respeitará essa amplitude decorrente dos sujeitos ativos do ato de improbidade consagrada pelos arts. 2º e 3º da Lei 8.429/1992. Entretanto, conforme lembra a melhor doutrina, o ato de improbidade administrativa depende da atuação de

[175] STJ, 2ª Turma, REsp 813.001/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 26.05.2009, *DJe* 04.06.3009.

[176] Abelha Rodrigues-Klippel, *Comentários*, p. 200.

pelo menos um agente público, e, sem sua participação, o ato não tem aptidão para ser tipificado como de improbidade administrativa[177].

Deve-se também atentar para a melhor interpretação da parte final do art. 3º da LIA, mais precisamente a indicação dos sujeitos beneficiados pelo ato de improbidade administrativa sob qualquer forma direta ou indireta. O objetivo de ampliar os sujeitos que praticam ato de improbidade administrativa levou o legislador a certo exagero, que deve ser corrigido. Nesse sentido, muito superior o art. 6º, *caput*, da Lei 4.717/1965 (LAP) que prevê a legitimidade passiva na ação popular do beneficiário direto pelo ato ou omissão.

A questão central desse legitimado passivo é a distinção entre aquele sujeito beneficiado diretamente pelo ato ou omissão daquele que se aproveita de forma indireta. Adota-se o mesmo raciocínio aplicável à ação popular, devidamente exposto no item 8.6.2 do presente Capítulo.

Outra interessante questão diz respeito à possibilidade de uma pessoa jurídica ser réu em uma ação de improbidade administrativa. Enquanto parcela da doutrina não vê empecilho em tal ocorrência, sendo nesse sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça[178], outra entende que somente a pessoa física pode figurar no polo passivo, considerando em especial a necessidade de dolo para a ocorrência de improbidade administrativa, elemento subjetivo incompatível com a responsabilização da pessoa jurídica[179].

Entendo que a pessoa jurídica não pode ser sancionada nas penas previstas no art. 12 da LIA, ainda mais se adotado o entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça de que tal condenação exige a comprovação de dolo. Não vejo, entretanto, como impossível a pessoa jurídica beneficiada compor o polo passivo da ação de improbidade administrativa, ainda que contra ela seja direcionado apenas o pedido de ressarcimento dos danos. Naturalmente, se a pessoa jurídica fosse a única ré da demanda, o caminho adequado seria a ação civil pública, e não a ação de improbidade administrativa, mas, como certamente nesse caso haverá um litisconsórcio passivo, não vejo vedação à presença da pessoa jurídica no polo passivo desde que limitada a ela o pedido reparatório.

Caso exista uma pluralidade de sujeitos na prática de ato de improbidade administrativa, será hipótese de litisconsórcio, sendo esse tema versado no item 11.3.3.

8.6.4. Mandado de segurança coletivo

O tema da legitimidade passiva no mandado de segurança coletivo deve ser analisado à luz das considerações a respeito no mandado de segurança individual porque não há qualquer especialidade digna de nota.

[177] Sobrane, Improbidade, 8.3.2, p. 126.

[178] Garcia-Alves, Improbidade, n. 6.5.3, p. 668-670; STJ, 1ª T., REsp 970.393/CE, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 21.06.2012, *DJe* 29.06.2012.

[179] Carvalho Filho, Manual, n. 14.4, p. 423.

Em inovadora regra no sistema processual referente ao mandado de segurança, o art. 6º, *caput*, da Lei 12.016/2009 passou a prever como exigência formal específica da petição inicial a indicação não só da autoridade apontada como coatora, mas também da pessoa jurídica que esta integra.

Para parcela da doutrina, a necessidade de indicação da autoridade coatora e da pessoa jurídica que esta integra, aliada a previsões constantes em outros dispositivos legais da mesma lei (arts. 7º, I e II, 11, 14, § 2º), permite a conclusão de que a vontade do legislador foi criar um litisconsórcio passivo necessário entre autoridade coatora e a pessoa jurídica a que pertence[180]. Para outra corrente doutrinária, entretanto, a novidade legislativa não pretendeu criar um litisconsórcio passivo necessário, mas tão somente permitir que, com a indicação da autoridade coatora e da pessoa jurídica que esta integra, seja facilitada a tarefa do juiz em determinar a correção da autoridade coatora indevidamente apontada pelo impetrante[181].

O tema da legitimidade passiva sempre rendeu debates doutrinários acalorados, existindo parcela da doutrina que entende ser a autoridade coatora o sujeito legitimado a participar do polo passivo da demanda,[182] e outra parte que considera ter legitimidade passiva a pessoa jurídica de direito público[183]. O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a autoridade coatora não faz parte do polo passivo do mandado de segurança, posição ocupada pela pessoa jurídica de direito público[184], ainda que sejam encontradas decisões na quais a autoridade coatora é considerada legitimada passiva extraordinária[185].

Registre-se que o entendimento de que não existe litisconsórcio passivo necessário entre autoridade coatora e pessoa jurídica de direito público não afasta a existência dessa espécie de litisconsórcio do mandado de segurança. Como assentado na doutrina, sempre que algum sujeito sofrer os efeitos jurídicos diretos do mandado de segurança em sua esfera jurídica, deverá fazer parte do polo passivo da ação com a pessoa jurídica de direito público, em litisconsórcio necessário. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, consolidou o entendimento de que a ausência desse sujeito enseja nulidade absoluta que, após o trânsito em julgado, enseja vício de rescindibilidade a ser alegado por meio de ação rescisória[186].

Apesar de considerar que a autoridade coatora não é ré no mandado de segurança, mas sim a pessoa jurídica de direito público[187], paradoxalmente o

[180] Scarpinella Bueno, *A nova*, p. 26.

[181] Figueiredo Cruz, in: Favreto, *Comentários*, p. 70-71.

[182] Helly Lopes Meirelles, *Mandado*, p. 54; José da Silva Pacheco, *O mandado*, n. 114, p. 239; Carlos Alberto Menezes de Direito, *Manual*, p. 100; Medina-Araújo, *Mandado*, n. 6.4.1, p. 90; Marinoni-Arenhart, *Procedimentos*, p. 242.

[183] Lúcia Valle Figueiredo, *Mandado*, p. 54-55; José Henrique Mouta, *Mandado*, p. 62-64; João Batista Lopes, Sujeito passivo no mandado de segurança, *Aspectos*, p. 416-417; Theodoro Jr., *Mandado*, n. 4b, p. 07; Klippel-Neffa Jr., *Comentários*, p. 29-31.

[184] STJ, 2ª Turma, REsp 846.581/RJ, rel. Min. Castro Meira, j. 19.08.2008, *DJe* 11.09.2008; STJ, 1ª Turma, REsp. 647.409/MA, rel. Min. Luiz Fux, j. 07.12.2004, *DJ* 28.02.2005, p. 233.

[185] STJ, 1ª Turma, RMS 40.373/MS, rel. Min. Ari Pargendler, j. 07/05/2013, DJe 14/05/2013.

[186] STJ, 1ª Seção, AR 3.646/MG, rel. Min. Eliana Calmon, j. 12.11.2008, *DJe* 01.12.2008.

[187] STJ, 6ª Turma, RMS 28.265/RJ, rel. Min. Celso Limongi, j. 08.09.2009, *DJe* 05.10.2009; STJ, 2ª Turma, REsp 846.581/RJ, rel. Min. Castro Meira, j. 19.08.2008, *DJe* 11.09.2008.

Superior Tribunal de Justiça entende que o equívoco em sua indicação leva o processo à extinção por ilegitimidade passiva[188]. Flexibilizando esse entendimento, existe posicionamento no próprio Superior Tribunal de Justiça que entende viável a correção da irregularidade quanto à indicação errônea da autoridade coatora, por meio de emenda da petição inicial, sempre que o sujeito apontado como autoridade coatora e o que deveria ter sido indicado pertençam à mesma pessoa jurídica e o equívoco for facilmente perceptível[189]. E outros julgados vão ainda mais longe, permitindo sempre a emenda da petição inicial ou pequenas correções de ofício em respeito aos princípios da economia processual e efetividade do processo, a fim de que o mandado de segurança efetivamente cumpra seu escopo maior de proteção de direito líquido e certo[190].

Em razão desse consolidado entendimento jurisprudencial, é de lamentar profundamente o veto presidencial ao art. 6º, § 4º, da Lei 12.016/2009, dispositivo que determinava expressamente o direito do impetrante de emendar a petição inicial no prazo de 10 dias da alegação de ilegitimidade passiva para corrigir a indicação errônea de autoridade coatora. Ainda que criasse uma excepcionalidade ao admitir uma emenda da petição inicial depois de apresentada a resposta pela autoridade coatora, o dispositivo legal era positivo porque minimizava as situações de extinção do processo sem a resolução do mérito. Interessante notar que as razões do veto não criticam a possibilidade da emenda da petição inicial[191], o que leva parcela da doutrina, inclusive, a continuar a defender o conteúdo da norma vetada[192].

De qualquer modo, ainda que inadmitida a emenda à petição inicial, o Superior Tribunal de Justiça vem flexibilizando seu entendimento pela extinção do processo, ao admitir a indicação errônea da autoridade coatora por meio da teoria da encampação. Para o tribunal, o mandado de segurança deve ser julgado normalmente desde que: (a) haja vínculo hierárquico entre a autoridade erroneamente apontada e aquela que efetivamente praticou o ato ilegal; (b) a extensão da legitimidade não modifique regra constitucional de competência; (c) seja razoável a dúvida quanto à legitimação passiva na impetração; e (d) tenha a autoridade impetrada defendido a legalidade do ato impugnado, ingressando no

[188] STJ, 2ª Turma, RMS 20.471/RJ, rel. Castro Meira, j. 04.06.2009, *DJe* 17.06.2009; STJ, 1ª Seção, MS 13.604/DF, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 08.10.2008, *DJe* 28.10.2008; STJ, 6ª Turma, AgRg no RMS 22.669/PE, rel. Min. Jane Silva, j. 01.07.2008, *DJe* 12.08.2008.

[189] STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 188.414/BA, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 17/03/2015, DJe 31/03/2015; STJ, 4ª Turma, RMS 45.495/SP, rel. Min. Raul Araújo, j. 26/08/2014, DJe 20/10/2014.

[190] STJ, 5ª Turma, REsp 1.001.910/SC, rel. Min. Laurita Vaz, j. 26.05.2009, *DJe* 29.06.2009; STJ, 5ª Turma, EDcl no RMS 24.217/PA, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 06.08.2009, *DJe* 08.09.2009.

[191] "A redação conferida ao dispositivo durante o trâmite legislativo permite a interpretação de que devem ser efetuadas no correr do prazo decadencial de 120 dias eventuais emendas à petição inicial com vistas a corrigir a autoridade impetrada. Tal entendimento prejudica a utilização do remédio constitucional, em especial, ao se considerar que a autoridade responsável pelo ato ou omissão impugnados nem sempre é evidente ao cidadão comum."

[192] Scarpinella Bueno, *A nova*, p. 30.

mérito da ação de segurança[193]. Como se pode notar da teoria da encampação, não haverá propriamente correção da autoridade coatora, criando-se por meio de uma ficção jurídica a legitimidade para figurar no processo como autoridade coatora de um sujeito que em tese não a teria.

No tocante à determinação da autoridade coatora, o art. 1º, *caput*, da Lei 12.016/2009 não trouxe qualquer novidade, apenas repetindo o art. 1º, *caput*, da Lei 1.533/1951, ao prever que o ato coator impugnável por mandado de segurança é aquele praticado por autoridade, independentemente da categoria e sejam quais forem as funções que exerça. A novidade, ainda que somente parcial, levando-se em conta a redação do art. 1º, § 1º, da Lei 1.533/1951, está no art. 1º, § 1º, da Lei 12.016/2009, que equipara à autoridade os representantes ou órgãos de partidos políticos, os administradores de entidades autárquicas e os dirigentes de pessoas jurídicas ou das pessoas naturais no exercício de atribuições do Poder Público. O legislador limitou-se a consagrar expressamente entendimento já consolidado, conforme se pode constatar do enunciado da Súmula 333/STJ[194].

O art. 2º da Lei 12.016/2009 prevê ser considerada autoridade federal a autoridade coatora, se as consequências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado houverem de ser suportadas pela União ou entidade por ela controlada. O dispositivo legal tem relevância para a determinação de competência, em especial na aplicação do art. 109, VIII, da CF.

Segundo o art. 6º, § 3º, da Lei 12.016/2009, a autoridade coatora será aquela que praticar o ato impugnado ou da qual emanar a ordem para a sua prática. A redação do dispositivo legal deve ser interpretada com extremo cuidado, considerando-se que, em uma interpretação literal, haverá uma duplicidade de sujeitos que poderiam ser considerados autoridades coatoras pelo impetrante: o sujeito que cumpre a ordem e o sujeito que ordena. Nos comentários à Lei 1.533/1951, a doutrina majoritária identificava como autoridade coatora o sujeito do qual emanava a ordem para a prática do ato, levando em conta que somente esse sujeito teria o poder de desfazê-lo, se assim ordenasse o Poder Judiciário[195]. Dentro dessa concepção tradicional, aquele que simplesmente praticava um ato em mero cumprimento de ordem, sem qualquer margem de decisão, não poderia ser denominado de autoridade coatora[196].

[193] STJ, 3ª Seção, MS 15.114/DF, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 26/08/2015, DJe 08/09/2015; STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 477.852/TO, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 25/11/2014, DJe 03/12/2014; STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 392.528/MA, rel. Min. Humberto Martins, j. 12/11/2013, DJe 20/11/2013.

[194] "Cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública."

[195] STJ, 2ª Turma, RMS 29.171/GO, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 18.08.2009, *DJe* 10.09.2009; Rodolfo Camargo Mancuso, "Sobre a identificação da autoridade coatora e a impetração contra a lei em tese, nos mandados de segurança", p. 76.

[196] STF, Tribunal Pleno, MS 24.927/RO, rel. Min. Cezar Peluso, j. 28.09.2005, *DJ* 25.08.2006, p. 18; STJ, 2ª Turma, RMS 29.310/GO, rel. Min. Eliana Calmon, j. 04.06.2009, *DJe* 19.06.2009; STJ, 5ª Turma, REsp 1.001.910/SC, rel. Min. Laurita Vaz, j. 26.05.2009, *DJe* 29.06.2009; Meirelles, *Mandado*, p. 56; Menezes de Direito, *Mandado*, p. 101.

A questão é como interpretar o dispositivo legal ora comentado. Para parcela da doutrina, ainda que a mera interpretação literal sugira uma facultatividade entre o executor do ato e aquele que o ordena, é melhor continuar a aplicar o entendimento já consagrado na doutrina e na jurisprudência[197], o qual parece ser o melhor, pois conspira contra a efetividade da tutela jurisdicional a possibilidade de ingresso de mandado de segurança contra sujeito que não tenha poderes para desfazer o ato coator impugnado. Para outra corrente doutrinária, a mudança legal veio justamente para facilitar o trabalho do impetrante na difícil tarefa de descobrir quem efetivamente é a autoridade que ordenou a prática do ato[198]. Como é sabido, realmente há uma enorme zona cinzenta a respeito do que é efetivamente mero cumprimento de ordem e do que é de fato decisão não vinculada.

Não me parece, entretanto, que facultar ao impetrante a indicação de quem apenas executou a ordem ou de quem ordenou a prática do ato ou da omissão seja solução positiva ao nosso sistema, ainda que inegavelmente facilite o trabalho do impetrante. A questão, a meu ver, resvala na competência para o julgamento do mandado de segurança, considerando-se que, muitas vezes, a indicação como autoridade coatora do mero executor ou do sujeito que ordena a prática do ato ou omissão ensejam diferentes órgãos jurisdicionais para o julgamento do mandado de segurança. Nesse sentido, vejo com dificuldade uma ação movida em grau hierárquico inferior em razão de o impetrante ter escolhido o agente executor do ato como autoridade coatora, além, é claro, da impossibilidade de sujeito que só cumpriu ordens desfazer o ato impugnado.

Como anteriormente afirmado, não se desconhece a dificuldade prática na identificação da autoridade coatora, e, justamente para não prejudicar indevidamente o impetrante que falha nessa indicação, cabe ao juiz a determinação de emenda da petição inicial, para que a devida autoridade coatora seja apontada, além de flexibilizações à regra, como ocorre com a "teoria da encampação". Não parece que alargar o conceito de autoridade coatora, construído ao longo do tempo pela doutrina e jurisprudência, seja a melhor saída para facilitar a tarefa do impetrante em evitar a extinção do processo sem resolução do mérito por errônea indicação da autoridade coatora.

8.6.5. Legitimação passiva no processo coletivo especial

Afirma-se em doutrina que a relação jurídica de direito processual é formada por demandante, demandado e pelo Estado-Juiz, sendo essa sua composição mínima. Ainda que excepcionalmente possa existir processo sem autor (excepcionais demandas iniciadas de ofício pelo juiz) e mesmo sem réu (*v.g.*, reconhecimento de paternidade de pessoa morta sem herdeiros ou sucessores), realmente essa

[197] Scarpinella Bueno, Mandado, p. 28-29.

[198] Figueiredo, *Comentários*, p. 75.

estrutura tríplice mínima é o que normalmente se verifica no caso concreto[199]. Diante da presença desses três sujeitos, sendo dois parciais (demandante e demandado) e um imparcial (juiz), é tranquilo o entendimento de que a relação processual é tríplice.

Sempre me pareceu que a maior parte das ações do processo coletivo especial é uma exceção à regra da relação jurídica processual tríplice, porque, nesse tipo de ação, não haverá propriamente um réu, ainda que os órgãos ou autoridades responsáveis pela lei ou pelo ato normativo objeto da ação sejam convocados a prestar informações no processo e o Advogado-Geral da União atue, ao menos em regra, como o defensor de sua constitucionalidade.

Entendo equivocada a afirmação de que o Advogado-Geral da União formará o polo passivo da demanda[200], porque, apesar de participar do processo, opondo-se eventualmente à pretensão do autor, não é contra o órgão público que se volta o pedido formulado na petição inicial, o que já é o suficiente para concluir que aquele que defende o ato no processo, mesmo em nome do órgão público, não pode ser considerado réu[201]. Não obstante se tratar de legitimação extraordinária, com o Advogado-Geral da União defendendo em nome próprio o interesse do órgão responsável pela norma atacada, para ser parte o pedido teria que ser dirigido contra tal órgão, o que efetivamente não ocorre.

Por outro lado, entendo que caso seja o réu, sua manifestação a favor da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo – o que é plenamente aceitável, ainda que excepcional – significaria um reconhecimento jurídico do pedido, levando ao julgamento por homologação, nos termos do art. 487, III, "a", do Novo CPC, o que naturalmente não ocorre, podendo o Supremo Tribunal Federal julgar o pedido improcedente mesmo com a manifestação do Advogado-Geral da União no sentido do pedido elaborado pelo autor em sua petição inicial.

Apesar da atipicidade da situação, acredito que nessas ações a tradicional relação processual tríplice não é formada, não sendo possível atribuir a nenhum dos órgãos ou pessoas que participam desse processo a qualidade de réu. Até porque, caso realmente existisse réu no processo subjetivo, seria também possível falar em parte sucumbente na hipótese de procedência do pedido, o que ensejaria inclusive a condenação do "réu" nas verbas sucumbenciais, situação que, no processo subjetivo, beira o teratológico.

Existe viva controvérsia a respeito da atuação do Advogado-Geral da União, prevista no art. 8º da Lei 9.868/1999. Apesar de entender que tal controvérsia é irrelevante para determinar sua qualidade processual, é interessante uma breve análise a seu respeito.

[199] Bermudes, *Introdução*, p. 85; Galeno Lacerda, *Teoria*, p. 59.

[200] Teori Albino Zavascki, *Processo*, n. 11.4, p. 264; Didier Jr.-Braga-Oliveira. *Aspectos*, p. 363.

[201] Dirley da Cunha Jr. *Controle*, p. 174.

Para alguns doutrinadores, o Advogado-Geral da União não precisa necessariamente impugnar a pretensão do autor, não havendo sentido forçar órgão constitucional a defender uma lei ou norma nitidamente inconstitucional[202]. A própria Advocacia-Geral da União por vezes se manifesta no sentido de não ser obrigada a defender o ato ou texto impugnado, ainda mais quando o próprio Tribunal já se manifestou pela inconstitucionalidade da tese jurídica apresentada[203].

Não é esse, entretanto, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que prefere atribuir ao Advogado-Geral da União uma atuação de curador da presunção de constitucionalidade dos atos emanados do Poder Público, cabendo a ele, em qualquer circunstância, concretizar o contraditório ao impugnar a pretensão do autor[204].

Na realidade, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema centra-se na fiel aplicação do art. 103, § 3º, da CF, que, sem margens para dúvidas, prevê que caberá ao Advogado-Geral da União a defesa do ato ou do texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade. Como observado por parcela doutrinária, pode não ter sido feliz o texto constitucional, que mereceria, portanto, revisão, mas é inegável que, sem sua modificação, a atuação do Advogado-Geral da União é de defensor, não podendo se limitar à elaboração de um mero parecer, inclusive apontando a inconstitucionalidade pretendida pelo autor[205].

Já me justifiquei porque entendo não ser réu o Advogado-Geral da União. Por outro lado, também não entendo que figurem no processo objetivo como réus o órgão ou autoridade responsáveis pela lei ou pelo ato normativo, porque não são eles os sujeitos passivos da pretensão do autor, sendo chamados somente em razão de sua responsabilidade pela criação da norma ou ato impugnado.

Nos termos do art. 12-E, § 2º, da Lei 9.868/1999, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o relator poderá solicitar a manifestação do Advogado-Geral da União, que terá prazo de quinze dias. O legislador foi extremamente feliz em expressamente consagrar que tal manifestação não é obrigatória, já que o relator "poderá" solicitá-la, não havendo dever legal para tanto. Entendo que a oitiva do Advogado-Geral da União só será exigida na omissão parcial, considerando-se que na omissão total não haverá ato a ser defendido[206].

No tocante à legitimidade passiva, há forte corrente doutrinária que considera ocupar o polo passivo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão a pessoa ou órgão responsável pela produção do ato exigido pela Constituição

[202] Mendes-Coelho-Branco, *Curso*, p. 1.071-1.072.

[203] STF, Tribunal Pleno, ADIn 3.259/PA, rel. Min. Eros Grau, j. 16.11.2005, *DJ* 24.02.2006, p. 5; ADIn 2.687/PA, rel. Min. Nelson Jobim, j. 20.03.2003, *DJ* 06.06.2003, p. 30.

[204] STF, Tribunal Pleno, ADIn 3.522/RS, rel. Min. Marco Aurélio, j. 24.11.2005, *DJ* 12.05.2006, p. 4. Na doutrina: Marcelo Novelino, *Direito*, n. 13.7, p. 270.

[205] Didier Jr.-Braga-Oliveira, *Aspectos*, p. 383.

[206] Barroso, *O controle*, p. 248.

Federal[207]. Como já afirmado, entendo que em regra as ações de controle de constitucionalidade são atípicas ações sem réu, na qual a relação jurídica processual é tão somente linear, formada pelo autor, que atuará com legitimação extraordinária, e o juízo, no caso o Supremo Tribunal Federal.

A meu ver, entretanto, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão é correta a opinião doutrinária acima transcrita, porque na eventual procedência do pedido do autor a pessoa ou órgão responsabilizado pela omissão será chamado a aturar, ou seja, será a ele imputada uma prestação de fazer. O caráter mandamental da decisão, que não se limitará a declarar a inconstitucionalidade, sucessivamente a isso ordenando que ato normativo seja praticado, parece ser o suficiente para colocar a pessoa ou órgão responsável pela prática do ato no polo passivo da demanda judicial.

Não se trata de defender ou não em juízo a omissão apontada como inconstitucional pelo autor, mas a vinculação direta a uma ordem no sentido de cumprir uma prestação de fazer, no caso, legislar. Teria dificuldades em explicar como um terceiro pode ser o sujeito passivo da ordem determinada em processo judicial sem ferir o princípio do contraditório e da ampla defesa, de forma que, no caso de ação direta de inconstitucionalidade, admito que a relação jurídica seja tríplice, com a presença de autor, réu e juízo.

8.7. LEGITIMAÇÃO BIFRONTE DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO

8.7.1. Ação popular

Como já devidamente exposto, as pessoas jurídicas de direito público e privado descritas no art. 1º, *caput*, da Lei 4.717/1965 (LAP) são legitimadas passivas na ação popular. Sendo a legitimação ativa exclusiva do cidadão, por expressa previsão do mesmo dispositivo legal, seria correto concluir que tais pessoas jurídicas nunca poderão fazer parte do polo ativo de uma ação popular, e sua presença só seria admitida no polo passivo. Ocorre, entretanto, que o art. 6º, § 3º, da Lei 4.717/1965 prevê uma atípica legitimidade ativa superveniente a esses sujeitos que, iniciando a ação em seu polo passivo, podem optar por integrar posteriormente o polo ativo, em litisconsórcio com o cidadão que promoveu a demanda judicial.

Segundo o dispositivo legal ora analisado, a pessoa jurídica de direito público ou privado poderá, abstendo-se de contestar o pedido, passar a atuar ao lado do autor, criando uma espécie *sui generis* de litisconsórcio ativo ulterior formado pelo autor originário e um dos réus originários. A excepcional mudança de polo do processo, também admitida na ação de improbidade administrativa, deve se

[207] Barroso, *O controle*, p. 243; Almeida, *Manual*, p. 824.

afigurar útil ao interesse público, cabendo ao representante legal ou dirigente da pessoa jurídica a análise do preenchimento desse requisito no caso concreto.

Não custa lembrar que a ação popular visa proteger o patrimônio público, apontando um ato ou omissão ilegal ou praticada com abuso de poder, de modo que a pessoa jurídica legitimada passiva da ação é, em tese, a pessoa lesada diretamente com a prática apontada na petição inicial da ação popular. Essa constatação sugere que a pessoa jurídica possa ter tanto interesse quanto o autor na anulação do ato viciado e na recomposição de seu patrimônio público, ilegalmente desfalcado pela atuação de pessoas naturais responsáveis pela prática do ato impugnado. Caso perceba que a pretensão constante na ação popular é legítima, é também de seu interesse que seja acolhida pelo Poder Judiciário, não havendo sentido manter a pessoa jurídica no polo passivo da demanda. Como um eventual reconhecimento jurídico do pedido seria plenamente ineficaz em razão da natureza unitária do pedido de anulação do ato administrativo impugnado, o legislador entendeu mais adequado permitir uma mudança de polo, passando a pessoa jurídica a participar do processo como autora da ação popular, posição que melhor se adequará à sua concordância com a pretensão do autor originário.

O momento adequado para a alteração de polos admitida pelo artigo ora comentado não é unânime. Tanto na doutrina quanto na jurisprudência há acalorado debate a respeito do tema.

Seguindo a literalidade do dispositivo legal, corrente doutrinária defende que a pessoa jurídica deve pedir seu ingresso no polo ativo, com a consequente saída do polo passivo, no prazo de contestação; afinal, o art. 6º, § 3º, da Lei 4.717/1965 prevê que o réu deve se abster de contestar e pedir a alteração legal, de forma que, ultrapassado esse momento processual, não mais se admitiria a alteração[208]. Parece que, para essa corrente doutrinária, de duas uma: vencido o prazo de contestação e não sendo ela apresentada, a alteração seria impedida pela preclusão temporal; apresentada a contestação dentro do prazo legal, a alteração seria impedida pela preclusão lógica, não se admitindo àquele que se colocou contra a pretensão assumir posteriormente o polo ativo da ação popular. Há decisão do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido[209].

Sou adepto do entendimento contrário, que se afasta da interpretação literal do dispositivo legal ora analisado, fixando-se mais no requisito que deve ser preenchido para que a pessoa jurídica saia do polo passivo rumo ao polo ativo da ação. Sendo o interesse público o motivo da alteração do polo, vejo com extrema dificuldade a existência de preclusão, de qualquer espécie, a impedir a alteração analisada. Nem sempre a pessoa jurídica tem condições de notar a adequação da pretensão no momento de apresentar a defesa, e uma alteração açodada é até mesmo temerária. Melhor seria admitir a alteração até a prolação da sentença, desde que os elementos constantes nos autos possibilitem a formação segura do

[208] Meirelles-Wald-Mendes, *Mandado*, p. 184; Almeida, *Manual*, p. 370.

[209] Informativo 397/STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 973.905/SP, rel. Min. Humberto Martins, j. 04.06.2009.

convencimento da pessoa jurídica a respeito do acerto da pretensão do autor[210]. Registre-se que nesse sentido também existem precedentes do Superior Tribunal de Justiça[211].

Por fim, cumpre registrar que essa inusitada alteração de polos leva à situação ainda mais *sui generis* na ação popular. Imagine-se que uma pessoa jurídica colocada originariamente como réu decida formar um litisconsórcio ativo com o cidadão que propôs a ação, e, posteriormente, esse cidadão desiste da ação. Publicados os editais nos termos do art. 9º da Lei 4.717/1965, nenhum outro cidadão se habilita a assumir o polo ativo, mesma conduta adotada pelo Ministério Público, que, como já visto, não tem dever funcional de assumir o polo ativo nessas circunstâncias. A pessoa jurídica que, no início, era ré, mas quando da desistência do autor originário já formava com ele um litisconsórcio ativo, poderá sozinha continuar com a ação popular, o que gerará uma excepcional hipótese de polo ativo preenchido tão somente com uma pessoa jurídica de direito público ou privado.

8.7.2. Ação de improbidade administrativa

Segundo previsto no art. 17, § 3º, da LIA, no caso de a ação principal de improbidade administrativa ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no art. 6º, § 3º, da Lei 4.717/1965, já devidamente analisado.

Como se pode notar dos comentários ao referido dispositivo, sua aplicação na ação de improbidade administrativa exige algumas adaptações procedimentais. Na ação popular, a pessoa jurídica é litisconsorte passiva necessária, de modo que a ação será sempre proposta com ela figurando no polo passivo. Na ação de improbidade administrativa o polo passivo não é formado pela pessoa jurídica interessada, mas apenas pelos agentes públicos e terceiros acusados de participação ou favorecimento direto pela prática do ato de improbidade. Essa distinção tem pelo menos duas consequências práticas relevantes.

Na ação popular será imprescindível a citação da pessoa jurídica, considerando-se que esta figurará como réu na ação judicial. Naturalmente, se for adotado o conceito legal de citação, de ato que chama o réu ao processo para se defender (art. 238 do Novo CPC), tratar-se-á de citação atípica, visto que a pessoa jurídica poderá deixar de se defender e assumir o polo ativo com o cidadão-autor. Como prefiro conceituar a citação como o ato que integra o réu à relação jurídica processual, entendo que a citação nesse caso nada tem de anômala, sendo, portanto, uma citação como outra qualquer[212]. Seja como for, a citação é imprescindível por ser a pessoa jurídica litisconsorte passivo necessário.

[210] Mancuso, *Ação*, p. 162-163; Mazzei, *Comentários*, p. 183-184.

[211] STJ, 2ª Turma, REsp 1.185.928/SP, rel. Min. Castro Meira, j. 15/06/2010, DJe 28/06/2010; STJ, 2ª Turma, REsp 945.238/SP, rel. Min. Herman Benjamin, j. 09.12.2008, *DJe* 20.04.2009.

[212] Neves, Manual, n. 10.5.1, p. 321.

Já na ação de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público a pessoa jurídica interessada não constará do polo passivo da demanda. A exceção fica por conta de pedido de anulação de ato administrativo, porque, nesse caso, haverá um litisconsórcio passivo necessário entre todos os sujeitos que participaram da relação jurídica de direito material, entre eles, naturalmente, a pessoa jurídica interessada. No entanto, limitando-se o pedido ao ressarcimento e aplicação de penas, a pessoa jurídica não fará parte do polo passivo quando da propositura da ação. Questiona-se nesse caso se a informação de que existe a ação é indispensável, como o é a citação da pessoa jurídica na ação popular.

Apesar de corrente doutrinária considerar que essa informação é obrigatória, sendo sua ausência geradora de nulidade absoluta[213], o Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento contrário, afirmando ser facultativa essa informação, que chama de citação, e reputando não existir nulidade em razão de sua ausência[214].

Uma vez realizada a informação à pessoa jurídica interessada na ação de improbidade administrativa, resta determinar que tipo de ato será esse: citação ou intimação. Notificação é cautelar de jurisdição voluntária e não meio de informação processual, sendo incorreta a doutrina que defende a necessidade de notificação da pessoa jurídica interessada[215]. Discordo do entendimento que julga tratar-se de citação considerando que a pessoa jurídica não é ré na ação de improbidade administrativa, sendo mais adequado falar nesse caso de intimação, nos termos do art. 269 do Novo CPC. Portanto, a comunicação da pessoa jurídica interessada seria realizada por meio de uma intimação[216].

Uma vez intimada, a pessoa jurídica poderá adotar uma entre três condutas possíveis[217]: (a) assumir o polo ativo da ação, tornando-se litisconsorte ativa do Ministério Público, hipótese que lhe permitirá, inclusive, o aditamento da petição inicial; (b) assumir o polo passivo da ação, passando a defender a legalidade do ato impugnado, hipótese em que lhe será permitida a apresentação de contestação e outras defesas típicas de réu; (c) manter-se inerte e por consequência fora da relação jurídica processual da ação de improbidade administrativa.

Para a ação de improbidade administrativa, não é correto falar em alteração do polo como ocorre na ação popular, considerando-se não ser a pessoa jurídica interessada colocada na petição inicial no polo passivo da demanda. À escolha de como atuará no processo ou mesmo se dele não participará, entretanto, aplicar-se-á o mesmo raciocínio empreendido para a análise do art. 6º, § 3º, da Lei 4.717/1965.

[213] Decomain, Improbidade, 9.2.5, p. 246.

[214] STJ, 2ª Turma, REsp 886.524/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 23.10.2007, *DJ* 13.11.2007, p. 524; STJ, 1ª Turma, REsp 526.982/MG, rel. Min. Denise Arruda, j. 06.12.2005, *DJ* 01.02.2006, p. 433.

[215] Decomain, Improbidade, 9.2.5, p. 246.

[216] Mattos, O limite, p. 543.

[217] Ferraresi, Lei, p. 196; Sobrane, Improbidade, 8.4.1, p. 133; Pazzaglini, Lei, p. 204-205.

8.8. CLASSIFICAÇÃO DA LEGITIMIDADE E LITISCONSÓRCIO

Além da classificação entre legitimação ordinária e extraordinária, a doutrina adota outros critérios para classificar a legitimação. A legitimação autônoma é da parte, ao passo que a subordinada é do assistente. Há legitimação exclusiva quando somente um sujeito é considerado legitimado para compor um dos polos do processo, enquanto na legitimação concorrente (colegitimação) existe mais de um sujeito legitimado a compor um dos polos do processo. A legitimação isolada ou disjuntiva (simples) permite que o legitimado esteja sozinho no processo, enquanto a legitimação conjunta (complexa) exige a formação de litisconsórcio entre todos ou alguns dos legitimados (litisconsórcio necessário). A legitimação pode ser total, quando referente a todo o processo, ou parcial, quando referente somente a determinados atos, como ocorre nos incidentes processuais[218].

É tranquilo o entendimento de que a legitimidade ativa para o processo coletivo –comum e especial – seja concorrente e disjuntiva, dado que são variados os legitimados, e qualquer um deles pode isoladamente propor a demanda coletiva[219].

No polo passivo, tudo depende da espécie de ação coletiva. Na ação civil pública é possível existirem tanto uma legitimidade exclusiva como uma concorrente, sendo disjuntiva ou conjunta a depender do caso concreto. Na ação popular a legitimação é concorrente e conjunta, enquanto na ação de improbidade administrativa, concorrente e disjuntiva. No mandado de segurança coletivo a legitimação pode ser exclusiva ou concorrente, sendo nesse segundo caso conjunta. No processo coletivo especial não há, em regra, legitimado passivo, conforme expressamente expostos nos itens 11.2.3.2 e 11.5.

[218] Didier, *Curso*, p. 168.

[219] STJ, 2ª Turma, REsp 1.542.253/SC, rel. Min. Herman Benjamin, j. 20/10/2016, DJe 28/10/2016; STJ, 4ª Turma, REsp 869.583/DF, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 05/06/2012; DJe 05/09/2012.

9

RELAÇÃO ENTRE A AÇÃO COLETIVA E INDIVIDUAL

Sumário: 9.1. Introdução – 9.2. Litispendência – 9.3. Conexão e continência: 9.3.1. Conceito; 9.3.2. Objetivos pretendidos com a reunião de ações conexas; 9.3.3. Obrigatoriedade ou facultatividade na reunião de processos em razão da conexão; 9.3.4. Matéria de ordem pública; 9.3.5. Especificamente na relação entre ação coletiva e individual – 9.4. Suspensão do processo individual – 9.5. Extinção do processo individual.

9.1. INTRODUÇÃO

A pendência de ação coletiva não impede a propositura de ações individuais, por meio das quais os autores busquem a tutela de seu direito individual. Por outro lado, é possível que no momento de propositura da ação coletiva já existam ações individuais em trâmite. Questiona-se: como a ação individual de autor, que poderá vir a se beneficiar pelo julgamento da ação coletiva, será afetada em razão da existência dessa ação de natureza coletiva?

9.2. LITISPENDÊNCIA

O tema é tratado pelo art. 104 do CDC, que consagra no ordenamento pátrio regras procedimentais típicas do direito norte-americano, como o *fair notice* e o *right to opt out*. A previsão de que as ações coletivas não induzem a litispendência para as ações individuais é até mesmo desnecessária, considerando-se a evidente diferença dos elementos dessas duas espécies de ação. Apesar de o artigo mencionar apenas as ações coletivas previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, que incluiria somente os direitos difusos e coletivos, é

pacífica na doutrina sua aplicação também para o direito individual homogêneo previsto no art. 81, parágrafo único, III, do CDC[1].

O termo "litispendência" é equívoco, e pode significar pendência da causa (que começa a existir quando de sua propositura e se encerra com sua extinção) ou pressuposto processual negativo verificado na concomitância de processos idênticos (com a mesma ação). Parece indiscutível que o dispositivo legal ora comentado se valeu do termo em seu segundo significado, prevendo que a existência de uma ação coletiva não gerará a extinção das ações individuais, ainda que seu autor possa se beneficiar da futura e eventual vitória na demanda coletiva.

Na hipótese de direito difuso e coletivo, é fácil constatar a inexistência de litispendência entre a ação coletiva e a ação individual em razão da diferença de partes em ambas as ações. Importante salientar que nessa análise entre diferentes processos deve-se considerar a parte no sentido material, e não no sentido processual, de forma que, havendo substituição processual em hipótese de legitimação extraordinária concorrente, a propositura de novo processo com a mesma parte contrária, mesma causa de pedir e mesmo pedido, ainda que com outra parte processual defendendo o mesmo direito já defendido anteriormente, não afasta a existência de litispendência[2].

Na comparação entre ações coletivas em que se busca tutelar direitos difusos e coletivos, a parte material será sempre a coletividade no primeiro caso e uma comunidade (grupo, classe ou categoria de pessoas) em outro, e na ação individual será sempre o indivíduo. Essa diferença de titularidade do direito já é o suficiente para se concluir pela inexistência de litispendência, nos termos do art. 104 do CDC[3]. Ainda que desinteressante para fins de comparação de ações, as partes processuais que comporão o polo ativo também serão diferentes.

Quando a ação coletiva tiver como objeto um direito individual homogêneo, também haverá uma diferença de parte, ainda que parcial. Considerando que o direito individual homogêneo é a soma de direitos individuais, o titular será cada um dos indivíduos titulares dos direitos individuais que, somados, geram o direito processualmente considerado coletivo. Nesse caso, se existir uma ação individual, o autor será também titular do direito individual homogêneo, ainda que parcialmente. Entendo que essa diferença de parte, ainda que parcial, já seja o suficiente para que também nesse caso não exista litispendência. Por outro lado, o pedido da ação coletiva será sempre em favor de todos os titulares dos direitos individuais, ao passo que na ação individual o pedido só poderá ser feito em benefício do autor, considerando a inexistência de legitimidade para que pleiteie em juízo direitos de terceiros[4].

[1] Por todos: Grinover, Código, p. 212.
[2] Wambier, *Litispendência*, p. 264; Mendes, *Ações*, 19.2, p. 260.
[3] Gajardoni, Direitos I, p. 89.
[4] Gajardoni, Direitos I, p. 90.

Registre-se que, mesmo para a parcela da doutrina que defende a existência de litispendência entre a ação coletiva que versa sobre direito individual homogêneo e a ação individual, a especialidade procedimental consagrada no art. 104 do CDC para a tutela coletiva impede a extinção da ação individual[5].

9.3. CONEXÃO E CONTINÊNCIA

9.3.1. Conceito

Do conceito legal de conexão (art. 55 do CPC) e de continência (art. 56 do CPC) se percebe com clareza que a continência é uma mera espécie de conexão, considerando-se que, para que exista entre duas ou mais ações o fenômeno da continência, obrigatoriamente deverá haver a identidade de causa de pedir, o que por si só já as torna também conexas. A continência, assim, vai além da conexão, pois exige mais requisitos para se ver configurada no caso concreto.

No tocante às identidades dos elementos da ação exigidas pelos dispositivos legais mencionados, é preciso registrar que relativamente à causa de pedir a doutrina vem entendendo bastar que um de seus elementos seja coincidente para que haja conexão entre as ações (seja dos fatos ou dos fundamentos jurídicos). Esse entendimento se coaduna com os objetivos traçados pela conexão (economia processual e harmonia entre julgados), abrangendo um número maior de situações amoldáveis ao instituto legal. Seria perniciosa ao próprio sistema a adoção de entendimento restritivo, em virtude da raridade em que se verificam na praxe forense a situação de duas ações com pedidos diferentes e exatamente a mesma causa de pedir[6].

O conceito legal de conexão é criticado por parcela significativa da doutrina por ser incapaz de expressar todas as hipóteses de proximidade entre ações que justificariam sua reunião para julgamento conjunto. Nesse sentido, entende-se que a mera existência de uma comunhão ou entrelaçamento de questões relevantes, ou ainda a existência de uma inter-relação lógica entre os julgados, já seria o suficiente para a caracterização da conexão[7].

De qualquer maneira, nos termos da lei, a conexão é fenômeno processual que ocorrerá sempre que entre duas ou mais demandas houver a identidade de causa de pedir ou do pedido. Esse é o objeto do fenômeno, seu conteúdo. Não se deve confundir o fenômeno da conexão com a sua consequência, ou seja, com o seu efeito, que será o da reunião dos processos perante um só juízo para julgamento conjunto, sempre que possível. Como se sabe, o conteúdo não se confunde com o efeito, até mesmo porque o efeito de um instituto é

[5] Marinoni-Arenhart, Manual, p. 751.
[6] Theodoro Jr., *Curso*, op. cit., v. I, p. 169. Ainda, Nery Jr.-Nery, *Código*, op. cit., pp. 503-504; Pizzol, *A competência*, op. cit., p. 293; Fadel, *Código*, op. cit., pp. 155-156.
[7] Moreira, *A conexão*, p. 164.

fenômeno externo a ele, enquanto o conteúdo pertence ao seu interior. Esse esclarecimento inicial se faz necessário para que não haja indevidas confusões entre a conexão e a reunião de processos gerada pela conexão, que são fenômenos processuais diferentes.

9.3.2. Objetivos pretendidos com a reunião de ações conexas

Fixados os limites da identidade exigida para que se verifique conexão entre duas demandas, com a interpretação possível da redação constante no art. 55, *caput*, do CPC, passa-se a analisar a razão de ser da conexão, e mais especialmente da sua consequência: a reunião de diversos processos nas mãos de um só juízo para julgamento simultâneo, sempre que possível.

A primeira e inegável vantagem aferida com o fenômeno da conexão é a de evitar que decisões conflitantes sejam proferidas por dois juízes diferentes. A existência de decisões conflitantes proferidas em demandas que tratem de situações fáticas e/ou jurídicas similares é, naturalmente, motivo de descrédito ao Poder Judiciário, podendo inclusive gerar problemas práticos de difícil solução. E tal vantagem fica clara pela previsão do art. 55, § 3º, do CPC ao prever a possibilidade de reunião de ações não conexas, desde que haja risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias.

Por outro lado, é inegável que a reunião de duas ou mais demandas perante o mesmo juízo favorece no mais das vezes a efetivação do princípio da economia processual, já que os atos processuais serão praticados uma única vez, o que se mostrará mais cômodo ao próprio Poder Judiciário (funcionará somente uma estrutura – juiz, escrivão, cartorário etc.) e também às partes e terceiros que tenham obrigação de colaborar com a Justiça (por exemplo, testemunhas, que só deporão uma vez). Com a prática de atos processuais que sirvam a mais de um processo, é evidente que haverá otimização do tempo e em razão disso respeito ao princípio da economia processual[8].

A questão da economia processual, entretanto, deve ser considerada de forma secundária, seja pela maior importância no tocante à harmonização dos julgados, seja porque nem sempre a reunião de processos conexos representará a concretização de tal princípio. Tanto assim que a doutrina, quando busca a fixação de um novo requisito para que ocorra a reunião dos processos perante um mesmo juízo para julgamento simultâneo, afirma sempre que a principal razão para que isso ocorra é a harmonização dos julgados, evitando o inegável mal-estar criado por decisões conflitantes para situações fáticas afins[9].

Os dois fundamentos que ensejam a reunião dos processos em virtude de conexão – embora em diferentes graus de importância – estão intimamente

[8] Arruda Alvim, *Manual*, op. cit., pp. 398-399; Pizzol, *A competência*, ob. cit., p. 297; Santos, *Primeiras*, op. cit., v. 1, p. 258.

[9] Fux, *Curso*, op. cit., p. 210. Também: Theodoro Jr., *Curso*, op. cit., v. 1, p. 170; Santos, *Manual*, op. cit., v. 1, p. 165.

ligados a razões de ordem pública, posto interessar ao próprio Estado que os julgados do Poder Judiciário sejam harmoniosos e que se gastem o menor tempo e recursos possíveis para obtê-los.

Parece que o Superior Tribunal de Justiça acolheu esse entendimento, ao afirmar que "o instituto da conexão tem, assim, como sua maior razão de ser, evitar o risco das decisões inconciliáveis. Entendimento esse que restou consagrado na razão de ser do art. 55, § 3º, do CPC. Por esse motivo, diz-se, também, que são conexas duas ou mais ações quando, em sendo julgadas separadamente, podem gerar decisões inconciliáveis sob o ângulo lógico e prático"[10].

9.3.3. Obrigatoriedade ou facultatividade na reunião de processos em razão da conexão

Esta certamente é a questão mais polêmica a respeito do instituto da conexão. Há divergências tanto no campo doutrinário quanto no jurisprudencial. O art. 55, § 1º, do CPC afirma expressamente que "os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta", de forma que uma interpretação literal do dispositivo legal leva a entender que haveria uma possibilidade de escolha pelo juiz por reunir ou não os processos.

A simples literalidade do texto legal, entretanto, não será por si só apta a dar a questão como resolvida, levando-se em conta as reiteradas confusões e incorreções advindas da literalidade de dispositivos do Código de Processo Civil, em que o legislador sustenta que o juiz *poderá* quando a doutrina em coro afirma que o juiz *deverá*.

Existe uma corrente doutrinária que entende ser a regra do art. 55, § 1º, do CPC de natureza cogente, o que retiraria do juiz qualquer liberdade a respeito de sua aplicação no caso concreto. Havendo a identidade de causa de pedir ou do pedido, os processos deverão – e não poderão – ser reunidos. Esse entendimento retira do juiz qualquer ponderação no caso concreto quanto à reunião ou não dos processos, obrigando-o a reuni-los simplesmente por ocorrer o fenômeno da conexão, considerando-se a reunião dos processos decorrência lógica, natural e inexorável do fenômeno[11].

Por outro lado, existe uma corrente doutrinária mais flexível quanto à reunião dos processos por conexão, atribuindo ao juiz uma maior liberdade no caso concreto para analisar a conveniência de realizá-la[12]. A conveniência da reunião seria resultante da análise no caso concreto do efetivo atingimento dos objetivos projetados quando da criação legal dessa consequência da conexão.

Apesar de toda a polêmica que envolve a questão da obrigatoriedade ou não da reunião de processos conexos, parece que a reunião que não possa alcançar

[10] STJ, 1ª Seção, CC 55.584/SC, rel. Min. Luiz Fux, j. 12.08.2009, *DJe* 05.10.2009.

[11] Nery-Nery, *Código*, op. cit., p. 505; Barbi, *Comentários*, op. cit., p. 350; Bermudes, *Introdução*, p. 73.

[12] Arruda Alvim, *Manual*, op. cit., p. 404; Dall'Agnol, *Comentários*, op. cit., p. 41; Greco Filho, Direito, op. cit., p. 161.

nenhum dos dois objetivos traçados para o instituto está totalmente fora de questão. A aplicação automática, sem qualquer ponderação a respeito da *ratio* da norma, não se justifica. E parece concordar com tal posição a jurisprudência, sumulando o Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que não existe reunião de processos conexos quando um deles já estiver no tribunal (art. 55, § 1º, do CPC), circunstância em que obviamente a reunião dos processos não geraria qualquer economia processual ou harmonização dos julgados, já que em um deles a prova fora produzida e a decisão prolatada.

Há diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça que afirmam expressamente existir um verdadeiro juízo de conveniência baseado em juízo de discricionariedade na reunião de ações conexas, deixando suficientemente claro não ser obrigatória tal reunião no caso concreto[13].

9.3.4. Matéria de ordem pública

A conexão e a continência têm tratamento processual de matéria de ordem pública, o que significa legitimidade plena para a sua arguição (qualquer dos sujeitos processuais poderá fazê-lo: autor, réu, terceiro interveniente, Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, juiz de ofício). Justamente pela natureza de ordem pública não estará sujeita a preclusão, não estando submetida, portanto, a um prazo, tampouco a uma forma específica para sua alegação no processo.

Por fim, justamente em razão dessa natureza jurídica que a lei atribui à matéria de ordem pública, surge dúvida a respeito da natureza do vício em processo em que deveria ter ocorrido a reunião, mas esta não aconteceu. Apesar de – pela lógica sistêmica dos vícios do ato jurídico – se tratar de uma hipótese de nulidade absoluta, sem a prova do efetivo prejuízo não parece que a decisão possa ser anulada, em respeito ao princípio da instrumentalidade das formas. Sendo o fenômeno da conexão instituto preocupado com a preservação da economia processual, não teria sentido permitir a anulação da decisão pelo simples descumprimento do disposto no art. 55, § 1º, do CPC, o que certamente ensejaria uma afronta clara a tal princípio. Dessa forma, a parte que alegar o vício deverá comprovar seu efetivo prejuízo pela não reunião dos processos, o que gerará a anulação da decisão[14].

9.3.5. Especificamente na relação entre ação coletiva e individual

Parece não haver maiores dúvidas a respeito da possibilidade de conexão entre ações coletivas e individuais, senão pelo pedido, ao menos pela identidade de causa de pedir[15]. Há, inclusive, entendimento doutrinário que aponta até mesmo para a possibilidade de existência de continência entre ação coletiva que verse sobre direito individual homogêneo e ação individual[16].

Entendo que, para se concluir pela continência nesses casos, deverá ser aberta uma pequena exceção ao requisito exigido pelo art. 56 do CPC no tocante à identidade de partes. E não as partes no sentido processual, que, apesar de necessariamente serem diferentes, não interessam quando da comparação entre ações. A parte material da ação coletiva é a soma de indivíduos titulares dos direitos individuais que, reunidos, resultam no direito individual homogêneo, enquanto na ação individual a parte é somente o indivíduo que propôs a demanda judicial. As partes, portanto, não serão idênticas. Caso se utilize característica própria da continência, pode-se falar que a parte material da ação coletiva, por mais ampla, contém a parte material da ação individual. Idênticas, entretanto, elas não são.

A discussão, na realidade, é mais acadêmica do que prática, porque, se considerado não haver a continência, certamente haverá conexão, o que já é o suficiente para a eventual reunião das ações perante o juízo prevento. Sendo a continência apenas uma conexão qualificada, havendo uma identidade da causa de pedir – requisito tanto do art. 55, *caput*, quanto do art. 56 do CPC –, já será caso de se analisar a aplicabilidade no caso concreto da regra prevista no art. 55, § 1º, do CPC.

Ainda que a efetiva reunião de ações conexas sempre dependa de uma análise casuística, não sendo diferente na conexão existente entre ação coletiva e ação individual, *a priori* é possível desaconselhar tal reunião, em especial quando houver um número significativo de ações individuais.

Para tal conclusão, basta pensar na concentração de trabalho que teria um juízo que recebesse todas as ações coletivas e individuais em situações como os dos planos econômicos Bresser, Collor e Verão. Foram milhares de ações individuais e algumas centenas de ações coletivas. Ainda que limitada territorialmente a reunião das ações em respeito ao art. 16 da LACP, a reunião das demandas criaria um obstáculo intransponível ao bom andamento dos trabalhos cartoriais do juízo prevento[17]. Por outro lado, ao se determinar o juízo prevento em foro muito distante e de difícil acesso aos indivíduos autores das ações individuais, ter-se-ia inaceitável ofensa ao princípio do acesso à ordem jurídica justa.

Registre-se corrente doutrinária que, apesar de reconhecer os problemas pragmáticos da eventual reunião das demandas, afirma ser esse um problema ligado à política da administração da justiça no País, não podendo ser considerados como razões para a não reunião das demandas conexas[18]. Apesar de concordar com a premissa, continuo na percepção de que as normas processuais

[13] STJ, 3ª Turma, REsp 1.484.162/PR, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 24/02/2015, DJe 13/03/2015; STJ, 4ª Turma, REsp 1.278.217/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 16.02.2012, *DJe* 13.03.2012.

[14] STJ, 5ª Turma, HC 111.470/RS, rel. Min. Jorge Mussi, j. 01.09.2009, *DJe* 13.10.2009; Arruda Alvim, *Manual*, op. cit., p. 404; Pizzol, *A competência*, op. cit., p. 306.

[15] Zavascki, Processo, p. 191; Mazzilli, A defesa, p. 253.

[16] Mazzilli, A defesa, p. 253.

[17] Lucon-Gabbay-Alves-Andrade, Interpretação, p. 196.

[18] Venturi, Processo, p. 361.

devem levar em consideração a realidade de nosso dia a dia forense, sob pena de se criar uma regra acadêmica e outra prática, o que sempre gerará insegurança jurídica e desprestígio à ciência.

Por outro lado, não se pode simplesmente desconsiderar a técnica criada pelo art. 104 do CDC que proporciona os mesmos ganhos da reunião de demandas conexas: economia processual (evitar repetição de atos processuais) e harmonização dos julgados (evitar a prolação de decisões contraditórias). A suspensão da ação individual, ainda mais da forma como vem sendo determinada pelo Superior Tribunal de Justiça, já é o suficiente para que as vantagens da reunião das ações sejam sentidas mesmo sem que esta efetivamente ocorra.

De qualquer forma, partindo-se da premissa de que deva ocorrer a reunião entre as ações individuais e coletivas, haverá interessante questão a respeito de quem será o juízo prevento. Nos termos do art. 58 do CPC, será prevento o juízo do primeiro registro (foros de vara única) ou da primeira distribuição (foros com mais de uma vara). Já no processo coletivo existem três outras regras com o mesmo conteúdo, devidamente analisadas no item 12.2.2. Qual dessas regras seria aplicável, já que a reunião misturaria o plano individual e coletivo?

Em estudo mais aprofundado sobre o tema modifiquei meu entendimento para concordar com a doutrina que defende a prevenção do juízo em que tramita a ação coletiva[19]. Havendo a concomitância de ação individual e coletiva, a prevenção do juízo perante o qual tramita a ação coletiva se justifica no maior alcance da tutela jurisdicional pretendida em tais demandas. Enquanto na ação individual busca-se tutelar somente o direito individual do autor, na ação coletiva busca-se tutelar o direito da coletividade ou comunidade, titular do direito difuso, coletivo ou individual homogêneo que forma o objeto do processo. Natural, portanto, que a tutela da coletividade se imponha, inclusive quanto à prevenção do juízo, à tutela do indivíduo.

9.4. SUSPENSÃO DO PROCESSO INDIVIDUAL

Conforme previsão do art. 104 do CDC, se o autor da ação individual não requerer no prazo de trinta dias a suspensão de sua ação individual, não poderá se aproveitar do resultado da ação coletiva. O dispositivo legal ainda prevê que o termo inicial da contagem desse prazo será a ciência nos autos da ação individual do ajuizamento da ação coletiva.

A regra é facilmente compreendida, apesar de não escapar de algumas polêmicas, em especial quanto aos dois aspectos essenciais do dispositivo legal: a comunicação ao autor da ação individual da existência de uma ação coletiva (*fair notice*) e o efetivo direito de o autor continuar o trâmite de sua ação individual, excluindo-se da ação coletiva (*right to opt out*).

[19] Zavascki, Processo, p. 191; Venturi, Processo, p. 362.

Não existe no art. 104 do CDC qualquer regra, nem mesmo indício, de quem seja o responsável pela informação da existência da ação coletiva na ação individual. Caberia a informação ao réu dessa ação, que certamente saberá da existência da ação coletiva porque também nela ocupará o polo passivo? Caberia ao juiz de ofício se manifestar a respeito da existência dessa ação coletiva? É ônus do autor individual descobrir a existência dessa ação coletiva, levando tal informação aos autos da ação individual?

Certamente o legislador poderia ter sido mais claro na previsão legal, o que evitaria toda a divergência criada em torno da questão. Entendo que o ônus de informar a existência da ação coletiva é do réu, sendo este o maior interessado em tal informação. Tanto a suspensão do processo individual como sua continuidade com a exclusão do autor individual dos efeitos da ação coletiva interessam mais ao réu do que ao autor, que teoricamente se manteria em uma situação mais confortável se continuasse com sua ação individual em trâmite, podendo ainda se aproveitar do resultado positivo do processo coletivo.

Apesar de entender que o ônus de requerer a informação do autor individual pertença ao réu, não vejo qualquer vedação à atuação oficiosa do juiz, até porque a eventual suspensão do processo individual gera economia processual e harmonização dos julgados, matérias de ordem pública que podem ser preservadas de ofício pelo juiz.

O autor, entretanto, não pode arcar com o ônus de descobrir ou saber da existência da ação coletiva para pedir a continuação da ação individual ou sua suspensão. O próprio art. 104 do CDC prevê que o autor será informado, o que permite a conclusão de que há a provocação por parte de outro sujeito que não o próprio autor. É natural que, se o autor voluntariamente pedir a suspensão de seu processo em decorrência da existência de uma ação coletiva, o juiz deverá acatar o pedido, mas tal postura constituir um ônus do autor seria um verdadeiro absurdo.

Realizada a informação do autor da ação individual, que socorrerá por meio de publicação do Diário Oficial na pessoa de seu advogado, caberá a ele uma escolha. Caso o autor opte por se aproveitar de uma futura e eventual vitória do autor coletivo, deverá requerer a suspensão de sua ação individual: (a) no caso de sua perspectiva se concretizar, a ação individual perde o objeto e o autor da ação individual terá em seu favor um título executivo judicial (sentença coletiva), sendo interessante o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça que, em vez de extinguir a ação individual por carência superveniente, a converte em liquidação de sentença[20]; (b) de outro modo, caso mantenha em trâmite sua ação individual, excluir-se-á dos efeitos da ação coletiva, não podendo se valer da futura e eventual sentença de procedência da ação coletiva como título executivo judicial[21].

[20] STJ, 4ª Turma, AgRg no Ag 1.144.374/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 14.04.2011, *DJe* 03.05.2011; STJ, 2ª Seção, REsp 1.189.679/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.11.2010, *DJe* 17.12.2010.

[21] STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.387.481/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 12.11.2013, *DJe* 05.12.2013.

Aparentemente, o autor individual teria mais razões para suspender seu processo individual, considerando que assim teria duas chances de vitória. Caso o processo coletivo não alcance o sucesso esperado, o autor ainda disporá de mais uma chance com a continuação de seu processo individual. Ao se autoexcluir da ação coletiva, a única possibilidade de vitória do autor passa a ser a vitória em sua ação individual. Se você pode ter duas ou somente uma bala para acertar um alvo, é natural a opção pela manutenção de duas...

Ocorre, entretanto, que a suspensão do processo individual em decorrência de ação coletiva não se transformou em realidade. Costuma-se dizer que no Brasil existem as leis que pegam e as que não pegam. Por mais triste que seja reconhecer, parece que a regra estabelecida pelo art. 104 do CDC é da segunda espécie. A desconfiança com a ação coletiva, a ausência de informação por parte dos réus, o desconhecimento da lei (o silêncio do autor deve ser compreendido como a vontade de continuar com o processo individual) são razões sentidas na praxe forense para que as ações individuais prossigam durante o trâmite de ação coletivo. Vários são os motivos que podem ser apontados, mas o fato é que a suspensão das ações individuais em razão do trâmite de uma ação coletiva é fato raro no dia a dia forense.

Certamente notando tal circunstância, o Superior Tribunal de Justiça, com entendimento bastante singular da regra estabelecida pelo art. 104 do CDC, decidiu que a suspensão é obrigatória, não importando a vontade de o autor individual continuar com seu processo individual[22].

9.5. EXTINÇÃO DO PROCESSO INDIVIDUAL

O art. 22, § 1º, da Lei 12.016/2009, em sua primeira parte, apenas repete a regra consagrada no art. 104 do CDC, ao prever que o mandado de segurança não induz litispendência para as ações individuais; se o dispositivo contido na legislação consumerista já era desnecessário, o mesmo ocorre com o dispositivo ora analisado. A novidade fica por conta da segunda parte do dispositivo legal agora enfrentado, que cria regra consideravelmente oposta àquela prevista no art. 104 do CDC.

Da simples leitura do art. 22, § 1º, da Lei 12.016/2009 nota-se que a regra é outra, porque o dispositivo legal obriga o autor da ação individual a desistir de sua ação no prazo de 30 dias da informação da existência da ação coletiva, caso queira continuar vinculado ao mandado de segurança coletivo.

É preciso observar que, como o dispositivo legal menciona de forma genérica a "ação individual", não será apenas aplicável aos mandados de segurança individuais, mas a qualquer espécie de ação individual[23]. Tratando-se de mandado de segurança individual, a norma é ainda mais drástica, porque em razão da exiguidade do prazo para a impetração do mandado de segurança – 120 dias – nem se poderia abrandar a dureza do dispositivo legal com a afirmação de que, com a desistência, a repropositura do mandado de segurança seria admitida em razão da ausência de coisa julgada material[24].

O mais incongruente da obrigatoriedade da desistência da ação individual dá-se no caso de decisão terminativa ou de improcedência no mandado de segurança coletivo. Sabendo-se que a coisa julgada coletiva se opera para o indivíduo *secundum eventum litis* e *in utilibus*, poderá individualmente ser buscada a tutela do direito pelo indivíduo, mas não mais pelo mandado de segurança, porque, nesse caso, muito provavelmente o prazo de 120 dias já terá transcorrido. Como o indivíduo não estará nesse caso vinculado à decisão negativa proferida no processo coletivo, e essa realidade não foi alterada pelo dispositivo legal ora comentado, restará a ele as vias ordinárias para a tutela de seu direito, o que significa que lhe será retirado indevidamente o direito ao mandado de segurança.

Realmente, nesse tocante, o legislador exagerou na dose. Obrigar o indivíduo a optar entre a ação individual e a ação coletiva por meio da desistência da primeira não se coaduna com o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, consagrado no art. 5º, XXXV, da CF. Entendo que não é saudável ao sistema a existência concomitante de diversas ações individuais e mandados de segurança coletivos que tratem da mesma matéria, mas daí a concordar com a exigência de desistência das primeiras para que os indivíduos possam se aproveitar da tutela coletiva existe uma distância considerável. O ideal seria tornar a suspensão das ações individuais obrigatória, forçando os indivíduos a esperar a solução da ação coletiva, porém mantendo seu direito individual de ação.

E, quando a ação individual for um mandado de segurança, poderia até mesmo ser mantida a obrigatoriedade de desistência, mas com a fixação do termo inicial para a repropositura no trânsito em julgado do mandado de segurança. Dessa forma, os impetrantes que tivessem desistido de seu mandado de segurança individual na esperança de serem tutelados pela ação coletiva, caso não obtenham tal tutela, poderiam repropor seu mandado de segurança individual.

Essa solução evitaria a proliferação de mandados de segurança individuais, sem retirar arbitrariamente o direito de ação dos indivíduos, mas reconhece-se que tal solução exige previsão legal, não podendo ser aplicada por meio de hermenêutica jurídica.

[22] STJ, 1ª turma, AgRg nos EDcl no AREsp 210.833/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 24.09.2013, *DJe* 02.10.2013; STJ, 2ª Turma, AgRg nos EDcl no AREsp 206.694/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 19.09.2013, *DJe* 27.09.2013; Informativo 413, Segunda Seção, REsp 1.110.549-RS, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 28.10.2009.

[23] Redondo-Oliveira-Cramer, Mandado, p. 155.

[24] Medina-Araújo, *Mandado*, n. 22.2, p. 221; Gajardoni, Comentários, p. 114.

10

PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Sumário: 10.1. Parte: 10.1.1. Polo ativo – 10.1.2. Polo passivo; 10.1.3. Litisconsórcio – 10.2. Fiscal da Ordem Jurídica: 10.2.1. Mandado de segurança coletivo; 10.2.2. Ação popular – 10.3. Sucessão processual.

10.1. PARTE

É arraigado o entendimento de que o Ministério Público deverá atuar na ação coletiva como parte ou como fiscal da ordem jurídica, e nesse sentido é estruturado o presente Capítulo. A distinção, entretanto, merece uma breve explicação.

Existe antiga e tradicional divergência doutrinária a respeito do conceito de parte. Enquanto Chiovenda entende que *parte* é o sujeito que pede ou contra quem se pede tutela jurisdicional[1], Liebman tem entendimento mais amplo, afirmando ser parte todo sujeito que participa da relação jurídica processual em contraditório defendendo interesse próprio ou alheio[2]. Esses sujeitos, ao defenderem interesse próprio ou alheio em juízo, são titulares de situações jurídicas ativas e passivas (faculdades, ônus, poderes, deveres, estado de sujeição), responsáveis pelo desenvolvimento das atividades a serem praticadas pelas partes[3].

Na tentativa de solucionar o impasse, parcela da doutrina pátria entende possível a convivência dos dois entendimentos em tese contraditórios. A tese restritiva, defendida originariamente por Chiovenda, determina o conceito de "partes na demanda", exigindo-se para que o sujeito seja considerado parte, além

[1] Scarpinella Bueno, *Partes*, p. 2; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 102.
[2] Theodoro Jr., *Curso*, n. 66, p. 86.
[3] Dinamarco, *Instituições*, n. 521, p. 249.

de sua presença na relação jurídica processual, que esteja em juízo pedindo tutela ou contra ele esteja sendo pedida tutela jurisdicional. A tese ampliativa, defendida por Liebman, determina o conceito de "partes no processo", bastando que participe da relação jurídica processual para que o sujeito seja parte, sendo titular de situações jurídicas processuais ativas e passivas, independentemente de fazer pedido ou contra ele algo ser pedido[4].

Conclui-se, portanto, que a referência distintiva entre parte e fiscal da ordem jurídica só se justifica, e nesse sentido será utilizada, se o termo "parte", aí referido, disser respeito às partes na demanda, considerando que o conceito de partes no processo inclui as duas formas de atuação do Ministério Público: autor ou réu e fiscal da ordem jurídica.

10.1.1. Polo ativo

Conforme já devidamente analisado no item 8.2.2, o Ministério Público tem legitimidade ativa para a propositura de qualquer ação coletiva que verse sobre direito difuso e coletivo, de ações coletivas que versem sobre direito individual homogêneo indisponível ou disponível com repercussão social e mesmo direitos individuais indisponíveis de crianças, adolescentes e idosos. A ressalva fica por conta da ação popular, cujo único legitimado ativo é o cidadão, ainda que existam decisões do Superior Tribunal de Justiça também nessa espécie de processo coletivo entendendo pela legitimidade ativa do Ministério Público[5].

Ainda que reconheça corrente doutrinária e posição jurisprudencial que defende a legitimidade do Ministério Público à propositura da ação popular, não consigo ver qualquer utilidade prática em tal entendimento. Se os direitos materiais que são tutelados pela ação popular também o são por meio da ação civil pública e de improbidade administrativa, e tendo o Ministério Público legitimidade para ambas, exatamente para o que serviria atribuir-lhe a legitimidade para a propositura da ação popular?

A única chance de o Ministério Público ser autor de uma ação popular é assumir o polo ativo em caso de desistência ou de abandono da ação, nos termos do art. 9º da Lei 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), conforme devidamente desenvolvido no item 10.3 do presente capítulo.

10.1.2. Polo passivo

Certamente a atuação mais destacada do Ministério Público nas ações coletivas como parte na demanda dá-se no polo ativo, não sendo correto, entretanto, afastar por completo sua presença no polo passivo, senão na ação coletiva propriamente dita, ao menos nas ações incidentais e acessórias às ações coletivas e, eventualmente, na ação coletiva passiva, tema enfrentado no Capítulo 21.

[4] Dinamarco, *Instituições*, n. 530, p. 269-270; Câmara, *Lições*, v. 1, pp. 142-143.

[5] STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 746.846/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, j. 15/12/2015, DJe 05/02/2016; STJ, 1ª Turma, AgRg no Ag 1.249.132/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 24/08/2010, DJe 09/09/2010.

Naturalmente, em uma ação coletiva o Ministério Público só terá legitimidade ativa, inclusive porque somente nesse sentido lhe é atribuída legitimidade pelo texto constitucional e infraconstitucional. Por outro lado, se a legitimidade passiva nesse caso for ordinária, caberá aos responsáveis pela ilicitude e/ou imoralidade apontada na petição inicial o exercício da defesa de seus interesses em nome próprio, o que é suficiente para demonstrar a ilegitimidade passiva do Ministério Público.

Ainda assim, conforme já afirmado, é possível concluir pela legitimidade passiva do Ministério Público no processo coletivo passivo e nas ações incidentais ou acessórias ao processo coletivo.

Conforme devidamente analisado no Capítulo 21, sendo admitido o processo coletivo passivo no sistema processual vigente, seria, ao menos em tese, admissível a legitimidade passiva do Ministério Público, na defesa da coletividade ou de um grupo, classe ou categoria de pessoas. Ocorre, entretanto, que a corrente doutrinária que admite tal espécie de ação coletiva afasta em suas lições tal legitimidade, sempre apontando para a legitimidade passiva de outros legitimados coletivos, tais como as associações e sindicatos.

É normal a existência de ações incidentais e/ou acessórias a um processo coletivo, havendo até mesmo parcela da doutrina que entende que nesses casos, sendo o autor de tal ação o réu do processo coletivo, estar-se-á diante de uma ação coletiva passiva derivada ou incidente[6]. No Capítulo 21 tive a oportunidade de criticar tal entendimento, por acreditar que nesses casos a natureza coletiva da ação incidental é apenas reflexa, justamente por potencialmente gerar efeitos no processo coletivo em trâmite. No presente capítulo, entretanto, a natureza de tal ação é irrelevante, bastando para as conclusões que se pretende obter a constatação de que estas são juridicamente possíveis.

No caso de ações incidentais e acessórias, oferecidas pelo réu do processo coletivo, é natural que o polo passivo venha a ser ocupado pelo autor do processo coletivo. Nesse caso, o Ministério Público, legitimado ativo e responsável pela propositura do processo coletivo, será legitimado passivo e réu da ação incidental ou acessória[7].

Nenhuma surpresa o Ministério Público ser o réu em embargos à execução proposta por ele em execução fundada em título executivo extrajudicial. A ação rescisória oferecida pelo réu do processo coletivo certamente terá o Ministério Público no polo passivo, se ele tiver figurado como autor do processo no qual a decisão rescindenda foi proferida. O mesmo pode ser dito de embargos de terceiro contra constrição judicial realizada em processo coletivo.

[6] Didier-Zaneti, Curso, p. 401; Maia, Ação, p. 54.

[7] Mazzilli, A defesa, p. 115.

10.1.3. Litisconsórcio

Segundo a previsão do art. 5º, § 5º, da LACP, é admissível a formação de litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei. Naturalmente, trata-se de litisconsórcio facultativo, em virtude da legitimidade ativa concorrente e disjuntiva das ações coletivas, conforme devidamente analisado no item 8.8.

Corrente doutrinária saudou o dispositivo legal com a afirmação de que a previsão permitiria expressamente a reunião do Ministério Público Estadual e Federal para a propositura da ação coletiva. No entendimento desta corrente doutrinária, a defesa dos direitos coletivos *lato sensu* pelo Ministério Público, desde que dentro de suas atribuições institucionais, pode ser exercida em qualquer Justiça, inclusive com a formação de litisconsórcio entre o Ministério Público Estadual e Federal[8].

Há doutrina que defende a inviabilidade do litisconsórcio conforme descrito no dispositivo ora analisado, afirmando ser inviável a atuação do Ministério Público Estadual na Justiça Federal e do Ministério Público Federal na Justiça Estadual. Para essa corrente doutrinária, os Ministérios Públicos só teriam legitimidade para atuar em suas respectivas Justiças[9].

Afastando-se dessa inviabilidade, há uma terceira corrente doutrinária que defende não se tratar propriamente de litisconsórcio, já que o Ministério Público é uno e indivisível. Tratar-se-ia, portanto, de distintos representantes de um mesmo legitimado, o que permitiria a presença no processo não como partes, mas como representantes da parte, do Ministério Público Estadual e Federal[10].

O Superior Tribunal de Justiça entende que em razão das peculiaridades do caso concreto é possível a formação de litisconsórcio ativo entre o Ministério Público Estadual, Ministério Público Federal e Ministério Público do Trabalho[11]. Nesses casos o Ministério Público Estadual atuará, excepcionalmente, perante a Justiça Federal[12].

10.2. FISCAL DA ORDEM JURÍDICA

Sempre que o Ministério Público não for autor, figurará na ação coletiva como fiscal da ordem jurídica, o que garante, de uma forma ou de outra, sua obrigatória participação. Nesse sentido, os art. 6º, § 4º, da Lei 4.717/1965, 5º, § 1º, da Lei 7.347/1985 e 92 da Lei 8.078/1990. Registre-se que não existe atuação dupla do Ministério Público na ação coletiva, de modo que, se atuar como autor, não funcionará também como fiscal da ordem jurídica[13].

Os riscos gerados pela adoção de uma legitimação concorrente e disjuntiva para a propositura da ação coletiva justificam a necessidade de intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica: perigo de haver a colusão entre as partes, exercício de forte pressão sobre o autor coletivo, benefícios ilegais e/ou imorais para o atraso do andamento do processo e, no limite, o abandono ou desistência do processo[14].

No entanto, há uma interessante questão a respeito dessa intervenção obrigatória. Mesmo nas ações coletivas em que faltar legitimidade ativa ao Ministério Público, haverá a necessidade de sua intervenção? Naturalmente, exclui-se desse questionamento a ação popular, seja pela expressa previsão do art. 6º, § 4º, da LAP, seja pela ilegitimidade de o Ministério Público resultar tão somente de opção legislativa no sentido de incentivar o cidadão a propor ação coletiva. Afinal, nessa espécie de ação coletiva tutela-se direito difuso, sendo imprescindível a participação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica. E nas ações civis públicas que versam sobre direito individual homogêneo disponível sem repercussão social?

Apesar de corrente doutrinária majoritária defender a intervenção obrigatória em toda e qualquer ação coletiva, independentemente da natureza ou características do direito material que forma seu objeto[15], prefiro o entendimento que exclui a participação do Ministério Público nas ações civis públicas para as quais não tenha legitimidade ativa[16]. Se o próprio Superior Tribunal de Justiça já pacificou que nesse tipo de ação coletiva o Ministério Público não pode propor a ação, considero mais adequado que também se exclua sua participação como fiscal da ordem jurídica[17].

O legislador não demonstrou maior interesse em regulamentar essa forma de participação do Ministério Público, o que pode sugerir a conclusão de que pretendeu com seu silêncio que sejam aplicáveis as regras gerais consagradas no art. 179 do CPC, que prevê o direito de o Ministério Público ser intimado de todos os atos processuais, tendo vista dos autos depois das partes, e o poder de produzir provas, requerer as medidas processuais pertinentes e de recorrer.

[8] Watanabe, Comentários, p. 82; Souza, Ação, pp. 87-89; Costa, Comentários, p. 416.

[9] Almeida, Aspectos, pp. 139-143; Zavascki, Processo coletivo, pp. 139-143.

[10] Nery-Nery, Código, p. 1.447.

[11] STJ, 1ª Turma, REsp 1.444.484/RN, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 18/09/2014, DJe 29/09/2014.

[12] STJ, Decisão monocrática no REsp 1.495.582, Min. Humberto Martins, DJe 18/02/2015; STJ, Decisão monocrática no REsp 1.444.484, Min. Benedito Gonçalves, DJe 06/05/2014.

[13] STJ, 2ª Turma, REsp 814.479/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 02.12.2010, *DJe* 14.12.2010; STJ, 2ª Turma, REsp 1.183.504/DF, rel. Humberto Martins, j. 18.05.2010, DJe 17.06.2010; STJ, 1ª Turma, REsp 1.042.223/SC, rel. Min. Luiz Fux, j. 16.12.2008, *DJe* 19.02.2009; Nery-Nery, Código, p. 1.445; Scarpinella Bueno, Curso, v. 2, t. III, p. 225; Carvalho Filho, Ação, pp. 169-171; Almeida, Aspectos, p. 145. Contra: Didier Jr.-Zaneti Jr., Curso, p. 333.

[14] Barbosa Moreira, A ação popular, p. 118; Grinover, Código, p. 142.

[15] Scarpinella Bueno, Curso, v. 2, III, p. 225; Gajardoni, Direito I, p. 56.

[16] Souza, Ação civil, p. 81.

[17] STJ, 2ª Turma, REsp 814.479/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 02/12/2010, DJe 14/12/2010.

Entendo, entretanto, que a atuação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica na ação coletiva é mais ampla do que aquela permitida na ação individual e prevista no artigo supramencionado. Sendo um colegitimado ativo à propositura da ação coletiva, na hipótese de participar como fiscal da ordem jurídica, deve a ele serem atribuídos todos os ônus e poderes típicos de parte[18]. Registre-se, entretanto, que, se a justificativa de sua intervenção for o direito coletivo *lato sensu*, parece desarrazoado que se permita ao Ministério Público uma atuação contrária a esse direito, não tendo, por exemplo, interesse recursal para piorar a tutela conferida pela decisão judicial a tal direito[19].

A ausência do Ministério Público quando indispensável a sua presença como fiscal da ordem jurídica gera nulidade absoluta (art. 279 do CPC). Apesar da seriedade do vício gerado pela ausência do Ministério Público, nesse caso é pacífico no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a ausência por si só não gera a anulação do processo, devendo ser comprovada a efetiva ocorrência de prejuízo no caso concreto[20]. Aplicar-se-á, portanto, o princípio da instrumentalidade das formas.

Das principais leis que compõem o microssistema coletivo, em apenas duas delas há previsões específicas sobre a participação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, e na Lei 12.016/2009 a regra prevista aplica-se tanto ao mandado de segurança individual como ao coletivo.

10.2.1. Mandado de segurança coletivo

O art. 12, *caput*, da Lei 12.016/2009 prevê expressamente a participação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica nesse procedimento, dando-lhe um prazo improrrogável de dez dias para manifestação após o transcurso do prazo previsto no art. 7º, I, da mesma lei. A intervenção obrigatória do Ministério Público no procedimento do mandado de segurança já era o entendimento do Superior Tribunal de Justiça[21], sendo agora corroborada pela literalidade do dispositivo legal ora comentado. Se a intervenção já é obrigatória no mandado de segurança individual, inquestionável que também o seja no mandado de segurança coletivo, sempre que o Ministério Público não for o autor da ação.

Segundo o *caput* do dispositivo legal, o prazo de 10 dias para manifestação do Ministério Público é improrrogável, e, em seu parágrafo único, há previsão de que, com ou sem o parecer do Ministério Público, os autos seguirão para a conclusão, para a prolação da decisão do mandado de segurança. Afirmar que o prazo é improrrogável é uma forma de mostrar que o prazo é peremptório, de

[18] Mazzilli, A defesa, pp. 107-108.

[19] Leonel, Manual, p. 192; Costa, Comentários, p. 404; Nery-Nery, Código, p. 1.445.

[20] STJ, 3ª Turma, EDcl no AgRg no REsp 1.253.004/SE, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 24/11/2015; DJe 10/12/2015; STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 75.210/BA, rel. Min. Humberto Martins, j. 06.03.2012, *DJe* 13.03.2012.

[21] STJ, 3ª Seção, EREsp 161.968/DF, rel. Min. Fontes de Alencar, rel. p/ acórdão Min. Felix Fischer, j. 24.09.2003, *DJ* 24.11.2004, p. 227.

forma que não será admitida ao juiz sua prorrogação no caso concreto. Entendo não se tratar de prazo próprio, daqueles que geram a preclusão temporal, parecendo não ser legítimo desprezar a manifestação do Ministério Público, ainda que oferecida fora do prazo legal, desde que ainda haja tempo para essa análise. O que parece não ser admitida pela norma ora examinada é a interrupção do procedimento do mandado de segurança até que o parecer seja oferecido.

A regra busca agilizar o procedimento, e parece tomar partido no debate a respeito da ausência de manifestação do Ministério Público. Aparentemente, o legislador entendeu que basta a mera intimação do Ministério Público para se afastar a nulidade, independentemente de sua efetiva participação no processo[22]. Registre-se que esse não era o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, à luz do art. 10 da Lei 1.533/1951, que entendia ser imprescindível a efetiva participação do Ministério Público, ainda que tardiamente, já em grau recursal[23].

Acredito que houve uma alteração substancial, apesar de sutil, quando se compara o art. 12, parágrafo único, da Lei 12.016/2009 e o art. 10 da Lei 1.533/1951, o que deve ser o suficiente para uma mudança de opinião dos tribunais superiores. O texto revogado previa que os autos seriam conclusos após ser ouvido o representante do Ministério Público, o que permitia a conclusão de que, somente após a efetiva manifestação do *parquet*, o procedimento prosseguiria com a remessa dos autos ao juiz para a prolação da sentença.

A redação do dispositivo atualmente em vigor afirma peremptoriamente que, "com ou sem o parecer do Ministério Público", os autos seguirão para a conclusão, o que deixa claro ser indispensável a intimação, mas não a manifestação do *parquet*. Apesar de se reconhecerem as dificuldades administrativas do Ministério Público (a ausência de estrutura é problema comum a todos os órgãos públicos), não parece legítimo que o impetrante tenha sacrificada a celeridade derivada do procedimento sumarizado do mandado de segurança em razão de inércia do Ministério Público. Positiva, portanto, a atual redação do dispositivo legal ora comentado.

10.2.2. Ação popular

A atuação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica na ação popular vem prevista no art. 6º, § 4º, da Lei 4.717/1965, que, em vez de se limitar a prever a obrigatória participação, descreve determinadas condutas que deverão ser adotadas pelo membro do *parquet*, inclusive permitindo que se questione em que qualidade efetivamente o Ministério Público intervém nessa espécie de ação coletiva. O exame do dispositivo legal aclarará o tema.

A primeira conduta prevista no dispositivo legal ora comentado é o apressamento da produção da prova, cujo exemplo típico, mas não exclusivo, vem

[22] Medina-Araújo, *Mandado*, n. 12.2, p. 155; Scarpinella Bueno, *A nova*, pp. 72-73.

[23] STJ, 5ª Turma, REsp 948.090/DF, rel. Min. Jorge Mussi, j. 26.05.2009, *DJe* 03.08.2009.

consagrado no art. 7º, § 1º, da Lei 4.717/1965. Nos termos desse artigo, cabe ao representante do Ministério Público providenciar para que as requisições judiciais dirigidas às entidades indicadas na petição inicial ou mesmo terceiras sejam cumpridas dentro dos prazos fixados pelo juiz. Não seria propriamente apressar a produção da prova, mas providenciar para que seja produzida dentro do prazo, uma interessante forma de controlar o andamento da produção da prova de modo a não retardar o procedimento.

Ocorre, entretanto, que a atuação ministerial é bem mais ampla no campo probatório do que pode sugerir a mera interpretação literal do dispositivo ora comentado. Não restam maiores dúvidas de que, além de apressar a produção da prova, poderá também pedir sua produção[24], participar de sua realização e impugnar seus resultados, na tentativa de influenciar na formação do convencimento do juiz. Ainda que não seja autor da ação coletiva, até para melhor fiscalizar a ordem jurídica, o Ministério Público tem total interesse no esclarecimento fático da demanda, até porque ele sabe que, se o direito decorre dos fatos, a boa aplicação daquele depende necessariamente da correta fixação destes.

Essa ampla participação no campo probatório levou o Superior Tribunal de Justiça a admitir o pedido formulado pelo Ministério Público para que fosse trasladada de outro processo a cópia de título de eleitor do autor, sem o qual a petição inicial seria indeferida[25]. Segundo o Tribunal, o Ministério Público não só tem ampla permissão para a produção da prova, como, com ainda maior razão, deve-se admitir a produção de prova voltada à comprovação da legitimidade ativa do autor, matéria de ordem pública, que naturalmente é tutelável pelo Ministério Público quando atua no processo como fiscal da ordem jurídica[26].

Ainda segundo o dispositivo legal ora comentado, caberá ao Ministério Público promover a responsabilidade civil ou criminal dos que nela incidirem. Segundo o art. 15 da LAP, caso o juiz constate, durante a demanda, a prática de ato ilícito penal ou a prática de falta disciplinar a que a lei comine a pena de demissão ou de rescisão de contrato, deverá, mesmo sem provocação, enviar cópias autenticadas necessárias para as autoridades ou administradores a quem competir a aplicação de sanções ou a persecução penal.

Encontra-se no final do art. 6º, § 4º, da Lei 4.717/1965 a parte mais polêmica do dispositivo legal. A previsão de que é vedado ao Ministério Público, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores suscita questões até mesmo a respeito da efetiva qualidade processual do Ministério Público na ação popular. Sendo absolutamente vedada a manifestação em favor dos réus, seria o Ministério Público um auxiliar especial do autor? Mesmo contrariamente à lei, deverá o Ministério Público se posicionar em favor da pretensão do autor, ainda que irrazoável?

[24] Mancuso, *Ação*, pp. 212-213.

[25] Informativo 435/STJ, 1ª Turma, REsp 826.613/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 18.05.2010.

[26] STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.333.168/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 05.12.2013, DJe 11.12.2013.

Há importante lição doutrinária que defende a inaplicabilidade da regra legal às matérias de ordem pública, em especial às processuais, tais como os pressupostos processuais e as condições da ação. Nesses casos, o Ministério Público terá o dever de indicar ao juízo matéria processual que leve o processo à extinção sem a resolução do mérito, entendendo-se que não haveria com tal conduta qualquer infração ao art. 6º, § 4º, da Lei 4.717/1965, até porque, com tal alegação, o Ministério Público não estaria se manifestando em favor do ato ou dos réus, mas em favor da necessidade de um processo formalmente perfeito[27].

Ainda que elogiável o entendimento, não se imaginando motivos para deixar de aplicá-lo no caso concreto, entendo que ainda é necessária uma melhor interpretação do dispositivo legal no que toca às matérias de mérito versadas na ação popular. O propósito do legislador pode até ser considerado positivo, buscando evitar que qualquer espécie de conluio entre os réus e o promotor de justiça possa levar a uma atuação parcial em favor dos acusados pela ilegalidade em detrimento do interesse público que o autor busca tutelar. Não tem, entretanto, qualquer sentido obrigar o promotor de justiça a um pronunciamento em favor de ilegalidades ou injustiças pretendidas pelo autor, até porque a tutela dos interesses protegidos pela ação popular só se justifica quando amparada no Direito.

Conforme ensina a melhor doutrina, forçar o promotor de justiça a sempre se manifestar em favor da pretensão do autor retira a eficácia persuasiva dessa atuação diante do juiz, que não saberá se aquela é efetivamente a opinião do Ministério Público ou se a manifestação deriva da obrigatoriedade legal, devendo ser desprezada por ele. O juiz, como sujeito imparcial do processo, não deve se impressionar com manifestações que não expressem efetivamente o convencimento do Ministério Público de que o autor tem razão em sua pretensão, representando apenas o exercício de um dever funcional. Com isso, o próprio Ministério Público tem a importância de sua participação diminuída, sendo natural que o juiz passe a desprezar a opinião ministerial[28].

Também é preciso lembrar que o dispositivo legal remonta à época em que não existiam outras ações coletivas, em quadro bem distinto do atual. Não há atualmente qualquer sentido o Ministério Público atuar como auxiliar especial do autor na ação popular, até porque, se pretender ser autor de ação coletiva que tutela os mesmos direitos protegidos pela ação popular, poderá ingressar com ação civil pública ou ação de improbidade administrativa, conforme o caso. Como se nota, no quadro atual da tutela coletiva, há uma sobreposição de ações, que visam tutelar os mesmos direitos, com diferentes legitimados. O Ministério Público teria, portanto, obrigatoriedade de pedir a procedência da ação na ação civil pública ou de improbidade administrativa proposta por ele, e não na ação popular ajuizada pelo cidadão.

[27] STJ, 1ª Turma, REsp 770.397/DF, rel. Min. Denise Arruda, j. 04.09.2007, *DJ* 11.10.2007, p. 295.

[28] Barbosa Moreira, Problemas, p. 400.

Por fim, com a plena simbiose existente entre a ação popular e a ação civil pública, há doutrina que assemelha a possibilidade de o Ministério Público solicitar o arquivamento do inquérito civil, sem a necessidade de instauração da ação coletiva, com a possibilidade de pedir o julgamento de improcedência da ação popular, sempre que entender não ter ocorrido a violação apontada pelo autor[29]. Lembro também do entendimento tranquilo da doutrina no sentido de não ser o Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica, obrigado a pedir a procedência de ações coletivas em geral[30].

Tudo conspira, portanto, para o afastamento da rigidez que uma interpretação literal do art. 6º, § 4º, da Lei 4.717/1965 sugere, adotando-se um entendimento mais flexível, permitindo-se ao membro do Ministério Público a manifestação em sentido da improcedência do pedido do autor sempre que, diante das provas produzidas e alegações feitas pelas partes, acreditar que não existe razão para o acolhimento do pedido do autor. Como fiscal da ordem jurídica, qualidade reiteradamente reconhecida ao Ministério Público pelo Superior Tribunal de Justiça na ação popular[31], deverá ele fiscalizar a boa aplicação da lei e a preservação de direitos difusos tuteláveis, o que não torna incompatível o pedido de improcedência[32].

A questão, entretanto, não é totalmente pacificada, como se pode notar do julgado do Superior Tribunal de Justiça no qual há uma expressa menção à qualidade de auxiliar de autor desempenhada pelo Ministério Público na ação popular[33]. O curioso desse julgado é que, paradoxalmente, há a afirmação de que o Ministério Público deve intervir na ação popular para oficiar no processo, dizer o direito, fiscalizar a aplicação da lei – o que entendo ser função de um verdadeiro fiscal da ordem jurídica, e não auxiliar do autor –, além de arguir todas as irregularidades ou ilegalidades processuais que contrariem a ordem pública, o que deixa claro que não será auxiliar do autor, considerando que sua atuação poderá levar o processo à extinção sem a resolução de mérito, certamente um desfecho não pretendido pelo autor.

Registre-se, finalmente, entendimento doutrinário no sentido de que a atuação em favor do autor não significaria obrigatoriedade de pedir a procedência do pedido, mas uma obrigatória participação durante todo o procedimento em favor do autor da ação popular, sendo-lhe vedado, inclusive, o pedido de prova que poderia prejudicar a pretensão e a interposição de recurso contra o interesse do autor[34]. Apesar de elogiável a tentativa de compatibilizar a previsão literal do

[29] Mancuso, *Ação*, p. 215.

[30] Leonel, *Manual*, p. 199; Costa, Comentários, p. 404; Carvalho Filho, Ação, p. 172; Gajardoni, Direito I, p. 56.

[31] STJ, 2ª Turma, REsp 958.280/DF, rel. Min. Castro Meira, j. 06.09.2007, *DJ* 20.09.2007, p. 278; STJ, 2ª Turma, REsp 771.859/RJ, rel. Min. Eliana Calmon, j. 15.08.2006, *DJ* 30.08.2006, p. 175.

[32] Abelha-Klippel, *Comentários*, pp. 201-202.

[33] STJ, 1ª Turma, REsp 770.397/DF, rel. Min. Denise Arruda, j. 04.09.2007, *DJ* 11.10.2007, p. 295.

[34] Meirelles-Mendes-Wald, *Mandado*, p. 186; Rodrigues, *Ações*, p. 304; Assagra, *Manual*, pp. 374-375.

art. 6º, § 4º, da Lei 4.717/1965 com a liberdade ministerial de pedir a improcedência do pedido, o entendimento não merece outros elogios.

O que viria a ser prova contra a pretensão do autor? Entendo que, se o Ministério Público atua como fiscal da ordem jurídica na ação popular, deve se preocupar em produzir toda prova necessária para a formação do mais completo convencimento judicial a respeito do substrato fático na demanda. Somente assim terá tranquilidade de se posicionar com total segurança a respeito do direito aplicável ao caso concreto, em favor ou contra o autor da ação popular. Seria digna da atuação ministerial a inércia probatória, ou, ainda pior, a omissão em colaborar com a produção de uma prova, somente porque sua produção poderia demonstrar que o autor não tem razão? Não seria mais adequado, à luz de sua função de fiscal da ordem jurídica, produzir ou pedir a produção da prova para, constatada a ausência de razão do autor, pleitear pela improcedência de seu pedido?

A afirmação de que essa atuação em favor do autor impediria ao Ministério Público a interposição de recurso contra os interesses daquele também não merece prosperar. O Ministério Público não atua na ação popular como auxiliar do autor, não sendo a qualidade de cidadão do sujeito que promove tal ação a circunstância que legitima a intervenção do Ministério Público. Sua atuação como fiscal da ordem jurídica se justifica em razão da especial natureza do direito material discutido, de interesse de toda a coletividade, de forma que, deixar de recorrer porque tal postura contraria a vontade do autor, ainda que condizente com o melhor direito, não tem qualquer sentido lógico ou jurídico. Basta imaginar a hipótese de o Ministério Público se manifestar pela improcedência do pedido e não poder apelar de uma sentença que o acolhe, ainda que, à luz do entendimento ministerial, proferida ao arrepio do Direito.

10.3. SUCESSÃO PROCESSUAL

Conforme já analisado, a legitimidade ativa na ação popular é exclusiva do cidadão-eleitor, o que afasta qualquer possibilidade de o Ministério Público propor tal espécie de ação coletiva. Originariamente, portanto, é vedado ao Ministério Público compor o polo ativo da ação popular, em situação bem distinta das demais ações coletivas. Ocorre, entretanto, que existe uma possibilidade para que o Ministério Público assuma a condução da ação popular, de forma que teria, exclusivamente nessa situação, uma legitimidade ativa superveniente, condicionada à ocorrência das circunstâncias descritas no art. 9º da LAP. Nas demais ações coletivas, caso não seja autor, será fiscal da ordem jurídica, também podendo assumir a condução do processo na hipótese de desistência ou abandono do autor. O tema é versado no item 5.7.

Entendo que, ainda que inexistente previsão legal nesse sentido, deve haver uma ordem de preferência entre os sucessores processuais, seja para respeitar a opção do legislador pela legitimação do cidadão na ação popular, seja para

incentivar a cidadania dos legitimados ativos que não o Ministério Público nas demais ações coletivas. A regra somente não seria aplicável na ação de improbidade administrativa, dado que nesse caso, conforme verificado no item 8.4, são apenas dois legitimados: se a pessoa jurídica de direito público lesada propõe a ação e depois desiste ou abandona, somente o Ministério Público pode assumir o polo ativo e vice-versa.

Dessa forma, defendo que o Ministério Público tenha, nesse caso de sucessão processual em razão de desistência ou abandono da ação coletiva, uma participação subsidiária, assumindo o polo ativo somente na hipótese de outros legitimados ativos não o fazerem.

Especificamente quanto à ação de improbidade administrativa, em razão do disposto no art. 17, § 4º, da LIA, sendo proposta a ação de improbidade administrativa pela pessoa jurídica interessada, o Ministério Público deverá atuar na ação como fiscal da ordem jurídica, não havendo possibilidade de formação de litisconsórcio ativo ulterior e, por consequência natural, não podendo o Ministério Público atuar como autor da ação.

Nesse caso, entretanto, haverá ainda uma possibilidade de o Ministério Público atuar como autor, não em litisconsórcio com a pessoa jurídica interessada, mas em sua substituição, em interessante hipótese de sucessão processual no polo ativo da ação de improbidade administrativa. Embora não exista previsão expressa nesse sentido, dentro do espírito do microssistema coletivo, aplica-se à ação de improbidade administrativa a regra prevista no art. 9º da 4.717/1965 (LAP) e art. 5º, § 3º, da Lei 7.347/1985 (LACP)[35].

Conforme amplamente apontado no item 5.7, o Ministério Público tem total autonomia na decisão de assumir ou não o polo ativo da ação coletiva, não existindo qualquer obrigatoriedade na adoção de tal postura. Não havendo razões sérias para a continuidade da demanda, o Ministério Público deve optar pela inércia, mantendo-se na posição de *custos legis* que tem desde o começo da demanda judicial, negando, portanto, o convite a assumir o polo ativo, ainda que tal postura gere a extinção do processo por sentença terminativa. Não teria mesmo cabimento exigir a continuidade de uma ação que já foi objeto de desistência ou abandono pelo autor e na qual nem o Ministério Público acredita em sua plausibilidade.

[35] Santos, Improbidade, 4.2.2.6, p. 250.

11

LITISCONSÓRCIO E INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

Sumário: – 11.1. Litisconsórcio – 11.2. Litisconsórcio no polo ativo: 11.2.1. Facultativo; 11.2.2. Unitário; 11.2.3. Litisconsórcio ativo ulterior? – 11.3. Litisconsórcio no polo passivo: 11.3.1. Introdução; 11.3.2. Ação popular; 11.3.3. Ação de improbidade administrativa– 11.4. Indivíduo como "litisconsorte" nas ações coletivas de direito individual homogêneo – 11.5. Intervenção de terceiros – 11.6. Assistência: 11.6.1. Assistência simples; 11.6.2. Assistência litisconsorcial – 11.7. Denunciação da lide: 11.7.1. Denunciação da lide no Código de Defesa do Consumidor – 11.8. Chamamento ao processo: 11.8.1. Espécie atípica de chamamento ao processo – 11.9. *Amicus curiae* – 11.9.1. Introdução: 11.9.2. Interesse institucional; 11.9.3. Requisitos; 11.9.4. Aspectos procedimentais – 11.10. Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica: 11.10.1. Introdução; 11.10.2. Momento; 11.10.3. Procedimento; 11.10.4. Forma de defesa do sócio (ou da sociedade na desconsideração inversa); 11.10.5. Recorribilidade; 11.10.6. Fraude à execução.

11.1. LITISCONSÓRCIO

O fenômeno processual do litisconsórcio se refere ao elemento subjetivo da relação jurídica processual, mais precisamente às partes. A doutrina é pacífica em conceituar o litisconsórcio como a pluralidade de sujeitos em um ou nos dois polos da relação jurídica processual, que se reúnem para litigar em conjunto.

Para a existência do litisconsórcio é irrelevante a postura no processo dos sujeitos que litigam no mesmo polo, sendo admissível, inclusive, que sejam adversários entre si na demanda judicial. Registre-se a corrente doutrinária que faz distinção entre litisconsórcio – multiplicidade de sujeitos com certa afinidade de interesses – e cumulação subjetiva –, multiplicidade de sujeitos com interesses contrapostos[1]. Prefiro, entretanto, o entendimento de que, havendo a possibili-

[1] Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 189; Baptista da Silva, *Comentários*, pp. 195-196.

dade de a decisão ser diferente para os litisconsortes – litisconsórcio simples –, não deixará de existir um litisconsórcio na hipótese de os litisconsortes terem interesses conflitantes[2]. Basta imaginar o litisconsórcio passivo formado em ação de consignação de pagamento em razão de dúvida a respeito de quem é o credor da dívida.

As hipóteses de cabimento previstas no art. 113 do CPC são plenamente aplicáveis ao processo coletivo, bem como a regra referente ao litisconsórcio necessário, consagrada no art. 114 do CPC.

11.2. LITISCONSÓRCIO NO POLO ATIVO

11.2.1. Facultativo

O litisconsórcio necessário se verifica nas hipóteses em que é obrigatória sua formação, enquanto no litisconsórcio facultativo existe uma mera opção de sua formação, resultante de um juízo de oportunidade e conveniência realizado no caso concreto, em geral a cargo do autor (a exceção é o litisconsórcio formado pelo réu no chamamento ao processo e na denunciação da lide). No primeiro caso, há uma obrigatoriedade de formação do litisconsórcio, seja por expressa determinação legal, seja em virtude da natureza incindível da relação de direito material da qual participam os litisconsortes. No segundo caso, a formação dependerá da conveniência que a parte acreditar existir no caso concreto em litigar em conjunto, dentro dos limites legais.

Como restou devidamente consignado no item 8.8, para qualquer espécie de ação coletiva, tanto no processo coletivo comum como no especial, existe uma legitimidade ativa concorrente e disjuntiva, de forma que, se houver qualquer espécie de litisconsórcio entre os legitimados ativos, ele será facultativo, dependendo sua formação, portanto, da vontade de esses legitimados se unirem para a propositura da ação[3].

Se tomada a quantidade de legitimados ativos, certamente a ação popular será a ação coletiva com o maior número de potenciais autores, dado que, por mais organizada que seja a sociedade em sindicatos, associações e partidos políticos, e por mais complexo que seja o Estado, com suas inúmeras pessoas jurídicas de direito público, jamais superarão o número de cidadãos aptos a ingressar com a ação popular. O menor número de legitimados certamente será da ação de improbidade administrativa, o que se justifica pela possibilidade de aplicações de sanções privativas dessa espécie de ação coletiva.

Sendo indiscutivelmente facultativo o litisconsórcio ativo nas ações coletivas – o que, aliás, afasta a complexa questão do litisconsórcio ativo necessário –,

[2] Dinamarco, *Litisconsórcio*, p. 41; Scarpinella Bueno, *Partes*, p. 65.

[3] Scarpinella Bueno, v. 2, t. III, p. 230; Mancuso, Ação civil pública, 8.1, p. 217; Almeida, Aspectos, p. 153; Leonel, Manual, 5.2.3, p. 155; Nery-Nery, Código, p. 1.445.

surge um interessante questionamento: é aplicável às ações coletivas a limitação no número de litisconsortes, prevista no art. 113, § 1º, do CPC, e conhecida como "litisconsórcio multitudinário"? A preocupação, apesar de muito mais acadêmica do que prática, teria maior serventia na ação popular, em razão do grande número de legitimados ativos.

Há corrente doutrinária que defende a aplicação do instituto do litisconsórcio multitudinário à ação popular, admitindo que o juiz, nos termos do art. 113, § 1º, do CPC, limite o número de autores[4]. Ainda que o dispositivo legal mencionado realmente seja aplicável ao litisconsórcio facultativo, como é o caso, entendo ser inaplicável à ação popular, bem como a qualquer ação coletiva, considerando-se não só a natureza unitária de tal litisconsórcio, como também as particularidades da pretensão veiculada por meio dessas ações.

Uma eventual limitação no número de litisconsortes, nos termos do art. 113, § 1º, do CPC, exigiria de alguns legitimados coletivos a propositura de outra ação coletiva (ou ações), idêntica(s) à primeira, visto que a mera diferença de autores não é o suficiente para distinguir ações coletivas com o mesmo réu, mesmo pedido e mesma causa de pedir. Pergunta-se: nesse caso, a segunda ação não seria obstada em razão do fenômeno da litispendência? Nesse sentido, a segunda ação deverá ser extinta ou reunida com a primeira perante o juízo prevento?

As respostas a essas perguntas dependerão das espécies de ação coletiva em trâmite, e foram devidamente dadas no Capítulo 12, mas, independentemente disso, fica claro que ou haverá desnecessária multiplicação de ações coletivas com a reunião de todas elas perante o juízo prevento ou os autores que tiveram sua ação extinta ingressarão na ação coletiva remanescente como litisconsortes ulteriores ou assistentes litisconsorciais do autor. Seja como for, parece que a *ratio* do litisconsórcio multitudinário, apesar de também existir nas ações coletivas, não é suficiente para a limitação no número de litisconsortes ativos, sendo inaplicável nessas espécies de ação o art. 113, § 1º, do CPC.

11.2.2. Unitário

No litisconsórcio unitário o juiz é sempre obrigado a decidir de maneira uniforme para todos os litisconsortes, de forma que seja sempre igual o destino de todos os litisconsortes no plano do direito material, enquanto no litisconsórcio simples o juiz poderá proferir decisão de conteúdo diverso para cada um dos litisconsortes, de modo que seu destino no plano material dependerá do teor da decisão proferida no caso concreto.

Em regra, o litisconsórcio facultativo é simples, mas também é possível que seja unitário. A melhor doutrina afirma que, se houver hipótese de legitimidade disjuntiva concorrente, o litisconsórcio será facultativo e unitário[5], exatamente

[4] Rodrigues, *Ação*, pp. 278-279.

[5] Dinamarco, *Instituições*, v. 2, p. 356.

como ocorre no polo ativo das ações coletivas[6]. Na realidade, a unitariedade do litisconsórcio nesse caso é facilmente explicada pela unitariedade do direito material discutido no caso concreto. Significa que, apesar de diferentes autores se encontrarem na demanda na posição de postulantes, o direito tutelado por eles é um só, de modo a ser praticamente inviável seu tratamento de maneira distinta para os litisconsortes: ou o juiz reconhece o direito à tutela e todos ganham a demanda, ou não reconhece o direito alegado e todos perdem.

Para fins de convencimento a respeito da justificativa apresentada, basta imaginar um caso concreto. Ministério Público e o Ibama ingressam com ação civil pública, alegando a violação ao meio ambiente e requerendo a condenação do réu em sua reparação. Caso o juiz se convença da violação alegada, julgará o pedido procedente e condenará o réu à reparação; caso não se convença da violação ou mesmo de que não houve o dano alegado, julgará improcedente o pedido. O que certamente não poderá fazer é dizer que só houve violação para um dos autores e com isso julgar o pedido procedente para ele e improcedente para o outro...

11.2.3. Litisconsórcio ativo ulterior?

11.2.3.1. Processo coletivo comum

Litisconsórcio inicial é aquele formado desde a propositura da ação, já existindo neste, que é considerado o primeiro ato do procedimento. É evidente, portanto, que a formação do litisconsórcio inicial é de responsabilidade exclusiva do demandante, pois somente a ele será dado iniciar o processo por meio da petição inicial. O litisconsórcio ulterior é formado após o momento inicial de propositura da ação, vindo a se verificar durante o trâmite procedimental.

Não resta dúvida a respeito da possibilidade de o litisconsórcio ativo ser inicial, sendo formado desde a propositura da demanda. Mas poderá ser também ulterior?

A pergunta deve ser respondida em dois tempos: (a) primeiro, o eventual litisconsórcio ulterior formado por colegitimados ativos que não tenham posposto a ação coletiva; (b) segundo, pelo terceiro que foi diretamente lesado pelo ato ilícito discutido na ação coletiva.

Nos termos do art. 5º, § 2º, da LACP, é facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes. Essa previsão merece duas considerações prévias. Apesar de mencionar apenas o Poder Púbico e associações, a regra legitima o ingresso de qualquer dos legitimados coletivos como litisconsortes[7]; e, apesar da expressa menção de que poderão ingressar como litisconsortes de qualquer das partes, é natural

[6] Vigliar, *Ação*, p. 88; Andrade-Masson-Andrade, Interesses, 2.6.1.2, p. 127; Mancuso, Ação civil pública, 8.1, p. 217; Carvalho Filho, Ação, p. 177; Nery-Nery, Código, p. 1.445.

[7] Andrade-Masson-Andrade, Interesses, 2.6.1.3, p. 128.

que o litisconsórcio ulterior venha a ser formado no polo ativo por questões de legitimidade.

É preciso observar que a resistência do Superior Tribunal em admitir a formação de litisconsórcio facultativo ulterior com fundamento na preservação do princípio do juízo natural[8] não se aplica ao caso em análise porque existe expressa previsão legal admitindo a formação do litisconsórcio ulterior. Há, inclusive, decisão no sentido de admitir a formação de tal espécie de litisconsórcio na ação popular, sem que haja ofensa ao princípio do juízo natural[9].

Não há vedação, portanto, nem mesmo jurisprudencial, para a formação do litisconsórcio ora analisado, mas seria mesmo uma hipótese de litisconsórcio ulterior o ingresso dos colegitimados no polo ativo da ação coletiva?

Há corrente doutrinária que defende a interpretação literal do dispositivo, sustentando a natureza litisconsorcial ulterior da intervenção ora analisada[10]. Para outra corrente doutrinária, a natureza é de assistência litisconsorcial, o que impede qualquer alteração na causa de pedir e/ou pedido por parte do terceiro interveniente[11]. A maioria da doutrina entende que a qualidade processual desse terceiro, ao intervir na ação coletiva, dependerá de sua postura: modificando o pedido e/ou causa de pedir, será litisconsorte ulterior, mas, não ocorrendo tal modificação, será assistente litisconsorcial do autor[12].

Apesar de tanto o litisconsorte ulterior como o assistente litisconsorcial serem tratados procedimentalmente como litisconsorte unitário, existindo até mesmo doutrina que não veja diferença entre os dois fenômenos, preferindo afirmar que só há assistência simples[13], o debate não se exaure no plano acadêmico. A definição de sua qualidade processual definirá sua relação com o pedido e causa de pedir da ação.

Partindo-se da premissa de que o assistente litisconsorcial não faz pedido nem contra ele é feito pedido, não sendo, portanto, parte na demanda, mas apenas no processo, caso seja dessa espécie a intervenção ora analisada, será vedada a alteração objetiva da demanda pelo interveniente. Por outro lado, caso seja entendido como litisconsorte, poderá proceder a tal alteração, sempre em respeito à estabilização objetiva da demanda consagrada no art. 329 do CPC. Nesse sentido, com a correta distinção entre os poderes do assistente litisconsorcial e litisconsorte ulterior, já teve oportunidade de se manifestar o Superior Tribunal de Justiça[14].

[8] STJ, 2ª Turma, REsp 767.979/RJ, rel. Min. Eliana Calmon, j. 09.06.2009, *DJe* 25.06.2009; *Informativo* STJ/279, REsp 769.884/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 28.03.2006; STJ, 1ª Turma, REsp 870.482/RS, rel. José Delgado, j. 06.03.2008, *DJe* 30.06.2008.

[9] STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 776.848/RJ, rel. Min. Luiz Fux, j. 22.06.2010, *DJe* 03.08.2010.

[10] Abelha Rodrigues-Klippel, Comentários, p. 201; Silva, Ação, n. 7.1.1, pp. 196-197.

[11] Didier Jr.-Zaneti Jr., Curso, pp. 248-249; Nery-Nery, Código, p. 1.445.

[12] Mazzilli, A defesa, p. 358; Vigliar, Ação, p. 88; Leonel, Manual, 5.10.4, p. 254; Almeida, Aspectos, p. 153; Mancuso, Ação civil pública, 8.1, p. 218.

[13] Marinoni, Sobre, p. 255; Arruda Alvim, Manual, p. 43, p. 118.

[14] STJ, 2ª Turma, RMS 26.718/SP, rel. Min. Herman Benjamin, j. 01.09.2009, *DJe* 08.09.2009.

Parece que o entendimento majoritário da doutrina é o mais conveniente, ainda que possa gerar algumas complicações práticas interessantes. Admite-se, portanto, o litisconsórcio ulterior, com possibilidade de alteração ou ampliação do objeto do processo (causa de pedir e pedido), desde que atendidos os limites temporais para tanto (art. 329 do CPC), e também a assistência litisconsorcial na hipótese de a intervenção não modificar o objeto do processo.

Reconheço o embaraço possível em uma modificação de causa de pedir ou pedido preparado por autor superveniente que não elaborou a petição inicial. E se houver divergência entre os dois – ou mais – autores a respeito desses elementos da ação? Entendo que nesse caso caberá ao juiz determinar os limites objetivos da demanda, sempre levando em consideração a maior tutela possível ao direito transindividual ou individual homogêneo discutido. Caso não esteja envolvido na disputa, a participação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica nessa definição será determinante.

Registre-se, inclusive, a interessante previsão contida no art. 6º, § 5º, da Lei 4.717/1965, pela qual é facultado a qualquer cidadão habilitar-se como litisconsorte ou assistente do autor da ação popular. Apesar de haver decisões no Superior Tribunal de Justiça que entendem tanto pela assistência qualificada[15] como pelo litisconsórcio ulterior[16], considero que essa regra na realidade permite ambas as intervenções, sendo justamente a mudança ou não do pedido e/ou causa de pedir o fator determinante para a concreta qualificação no caso concreto.

A meu ver, a regra consagrada no art. 10, § 2º, da Lei 12.016/2009, que prevê que o ingresso de litisconsorte ativo no mandado de segurança não será admitido após o despacho da petição inicial, limita-se ao mandado de segurança individual. Aplicando-se o microssistema coletivo, é indubitável que, mesmo depois do momento processual descrito no dispositivo legal será admitida a formação de litisconsórcio ativo ulterior no mandado de segurança coletivo. Aplica-se, nesse caso, a regra consagrada no art. 5º, § 2º da LACP.

Além dos colegitimados, seria possível admitir o ingresso de um terceiro como litisconsorte ulterior do autor coletivo? Entendo que essa pergunta deva ser respondida negativamente, porque, se o sujeito não tem legitimidade inicial para propor a ação coletiva, não parece possível que se torne autor posteriormente. Na realidade, continuará a lhe faltar a legitimidade que o impediu de ingressar com a ação coletiva originariamente.

No máximo, será admitido que um cidadão, legitimado para o ingresso da ação popular, ingresse como litisconsorte ulterior em uma ação civil pública que tenha o mesmo objeto de eventual ação popular[17]. Nesse caso, apesar da estranheza de se contar com alguém no polo ativo que não tem legitimidade para dar início à ação coletiva, a permissão se justifica como medida de economia

[15] STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 916.010/SP, rel. Min. Humberto Martins, j. 19.08.2010, *DJe* 03.09.2010.

[16] STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 776.848/RJ, rel. Min. Luiz Fux, j. 22.06.2010, *DJe* 03.08.2010.

[17] Mazzilli, A defesa, p. 359; Leonel, Manual, 5.10.4; Vigliar, Ação, p. 88; Abelha Rodrigues, Ação, p. 373.

processual, pois, sendo vedada essa participação, o cidadão poderá ingressar com a ação popular, que, idêntica ou conexa à ação civil pública já em trâmite, levará à reunião de ambas perante o juízo prevento, que será o da primeira ação proposta.

Segundo a doutrina majoritária, se houver a formação desse litisconsórcio e ocorrer a desistência ou abandono por parte do autor originário, a ação civil pública deverá ser extinta, porque não pode ser conduzida exclusivamente pelo cidadão, que não tem legitimidade ativa para essa espécie de ação coletiva[18]. Concordo com a premissa, mas discordo da conclusão. Entendo que nesse caso a ação civil púbica deve ser convertida em ação popular, justamente para se adequar à legitimidade ativa do cidadão, porque a solução aventada pela doutrina não se coaduna com o princípio da economia processual: entre converter um processo em outro, ainda que com as necessárias adaptações, e extinguir um processo forçando a propositura de outro, é preferível a adoção da primeira opção.

11.2.3.2. Processo coletivo especial

Em razão de veto presidencial ao § 1º dos arts. 7º e 18 da Lei 9.868/1999, deixou de constar expressamente do texto legal a permissão de manifestação escrita dos colegitimados que não ingressarem com a ação declaratória de inconstitucionalidade. Os fundamentos do veto presidencial (proteção ao princípio da celeridade e a existência da figura do *amicus curiae*) não se sustentam, porque a celeridade dificilmente seria prejudicada de modo considerável com a admissão dessa espécie de intervenção, enquanto a assistência litisconsorcial ou formação de litisconsórcio ulterior não se confundem com a intervenção do *amicus curiae*.

De qualquer maneira, é interessante notar que originariamente o texto legal era melhor que o atual. Nesse sentido, é bastante elogiável a interessante regra consagrada no art. 12-E, § 1º, da Lei 9.868/1999, ao admitir a intervenção dos legitimados ativos que não tenham sido autores da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Existe considerável corrente doutrinária que defende a admissibilidade da intervenção desses colegitimados, afirmando que quem pode o mais pode o menos, ou seja, se podem propor a demanda, poderão nela intervir durante seu trâmite procedimental[19]. Cumpre salientar que essa corrente doutrinária expressamente excepciona a proibição legal ao defender a intervenção desses colegitimados em uma qualidade assemelhada a de assistente litisconsorcial. Sem ingressar no amplo e interessante debate a respeito da efetiva qualificação processual do assistente litisconsorcial[20], há outra alternativa para a admissão da intervenção sem a necessidade de afastamento da interpretação literal do art. 7º da Lei 9.868/1999.

[18] Didier Jr.-Zaneti Jr., p. 241; Andrade-Masson-Andrade, Interesses, 2.6.1.7, p. 132; Vigliar, Ação, pp. 88-89.

[19] Didier Jr., *Recurso*, n. 2.2.8.2, pp. 74-75; Cunha Jr., A intervenção, pp. 153-154.

[20] Neves, *Manual*, n. 6.2.3.1, pp. 184-185.

Caso não se entenda a intervenção dos colegitimados como uma intervenção de terceiro, mas como formação de litisconsórcio ativo facultativo ulterior, conclui-se pela admissão da intervenção e respeito à interpretação literal do art. 7º da Lei 9.868/1999[21]. Para se adotar tal concepção, entretanto, é preciso superar entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça já apontado de que, ao menos em regra, o litisconsórcio facultativo ulterior não deve ser admitido, sob pena de violação do princípio do juízo natural[22]. Não é difícil notar a inaplicabilidade do entendimento para o processo objetivo, considerando-se que o único órgão competente para o julgamento dessa espécie de ação é o Supremo Tribunal Federal.

Interessante consignar que, para parcela da doutrina, o ingresso superveniente de colegitimado à propositura da ação direta de inconstitucionalidade não se dá por meio de assistência litisconsorcial nem de litisconsórcio ulterior. Para essa parcela doutrinária o fundamento legal da admissão dessa intervenção é o art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/1999, de forma que o colegitimado será admitido como *amicus curiae*[23].

Apesar de encontrar uma justificativa legal para o ingresso do colegitimado, não penso ser essa a melhor solução, em especial se considerado que o Supremo Tribunal Federal entende que o *amicus curiae* não é um terceiro interveniente, mas um mero colaborador eventual do juízo[24]. Como considero que o colegitimado que ingressa posteriormente na ação passa a ser parte, inclusive com legitimidade recursal, a solução pelo ingresso como *amicus curiae* não se mostra a mais adequada.

É verdade que o Código de Processo Civil de 2015 passou a tratar o *amicus curiae* como um terceiro interveniente, inclusive estando o art. 138 – que regulamenta tal espécie de intervenção – no capítulo das intervenções de terceiro típicas. Não é possível adiantar que essa opção de política legislativa será o suficiente para o Supremo Tribunal Federal mudar seu entendimento a respeito da qualidade processual do *amicus curiae*, o que permite de forma mais tranquila a admissão da qualidade de *amicus curiae* como colegitimado ativo que ingressa no processo, até porque agora, por previsão expressa do § 1º do art. 138 do CPC, o *amicus curiae* passa a ter legitimidade para a interposição de embargos de declaração, único recurso cabível contra a decisão proferida no processo objetivo.

Registre-se antiga decisão do Supremo Tribunal Federal na qual não se admite a formação ulterior de litisconsórcio ativo porque o sujeito que pediu sua inclusão superveniente no polo ativo já estava integrado ao polo passivo da

[21] Entendendo ser caso de litisconsórcio ulterior: Peña de Moraes, *Curso*, n. 4.10.2.2, p. 204.

[22] Informativo STJ/279, REsp 769.884-RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 28.03.2006.

[23] Scarpinella Bueno, *Amicus*, p. 144; Nogueira, *Curso*, p. 230; Prá, Breves, pp. 74-76.

[24] Informativo 452/STF: Tribunal Pleno, ADIn 2.591 EDcl/DF, rel. Min. Eros Grau, j. 14.12.2006.

relação jurídica processual[25]. Naquela oportunidade, o Supremo Tribunal Federal decidiu que é juridicamente impossível o ingresso de sujeito no processo em condição subjetiva diversa daquela que já ostenta na relação jurídica processual, o que permite a conclusão de que, se não fosse essa a situação, o litisconsórcio ulterior seria normalmente admitido. Interessante notar que, mais tarde, o tribunal decidiu que aquele que figura no polo passivo da ação poderá ingressar com outra ação direta de inconstitucionalidade, que inclusive será distribuída por prevenção em razão da primeira[26].

11.3. LITISCONSÓRCIO NO POLO PASSIVO

11.3.1. Introdução

O litisconsórcio passivo na ação coletiva pode ser necessário ou facultativo, dependendo do pedido e das expressas previsões legais a esse respeito. Também poderá ser simples ou unitário, dependendo do pedido elaborado.

11.3.2. Ação popular

No polo passivo, é pacífico o entendimento de que o litisconsórcio formado pelos legitimados pelo art. 18, *caput*, do CPC é necessário, sendo indispensável que o polo passivo dessa espécie de ação coletiva seja constituído por todos eles[27]. No tocante à unitariedade ou não desse litisconsórcio, dependerá do pedido formulado pelo autor e, em consequência, do capítulo da sentença que o decidir[28].

Na ação popular, haverá sempre uma cumulação sucessiva de pedidos: (i) no pedido de anulação do ato administrativo ou da declaração de omissão, o litisconsórcio é unitário, sendo inviável que o ato seja anulado para uns e mantido para outros sujeitos processuais ou que haja declarações com diferentes conteúdos; (ii) no pedido condenatório, de reparação do dano, o litisconsórcio será simples, porque nem todos os réus serão obrigatoriamente condenados da mesma forma, tudo a depender da efetiva participação de cada um deles na ilegalidade ou abuso de poder apurado durante a ação popular.

Apesar do indiscutível acerto do entendimento defendido, que distingue o litisconsórcio simples do unitário partindo do pedido formulado pelo autor da ação popular, o Superior Tribunal de Justiça não é muito técnico quando enfrenta o tema. Há decisões que, sem a devida distinção a respeito dos pedidos

[25] STF, Tribunal Pleno, ADIn 807 QO/RS, rel. Min. Celso de Mello, j. 27.05.1993, *DJ* 11.06.1993, p. 11.529.

[26] STF, Tribunal Pleno, ADIn 807 QO-QO/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 06.11.2003, *DJ* 13.02.2004, p. 10.

[27] STJ, 2ª Turma, REsp 931.528/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.11.2009, *DJe* 02.12.2009; STJ, 5ª Turma, REsp 1.095.370/SP, rel. Min. Jorge Mussi, j. 02.06.2009, *DJe* 03.08.2009; STJ, 1ª Turma, REsp 639.946/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 03.05.2007, *DJ* 28.05.2007, p. 287.

[28] Mancuso, *Ação*, p. 160; Abelha Rodrigues-Klippel, *Comentários*, p. 199.

formulados, simplesmente apontam para a natureza unitária do litisconsórcio passivo[29], enquanto outras assinalam sua natureza simples[30].

Como já devidamente explorado, no litisconsórcio necessário a ser formado no polo passivo da ação popular encontra-se o beneficiado direto pelo ato ilícito, quando existir no caso concreto. Os beneficiados indiretos não são legitimados passivos. O tema foi devidamente desenvolvido no item 8.6.2.

11.3.3. Ação de improbidade administrativa

Se houver uma pluralidade de sujeitos na prática de ato de improbidade administrativa, será hipótese de litisconsórcio. Nesse caso, o litisconsórcio deve ser inicial, considerando-se que deve ser formado já na propositura da demanda judicial e passivo, uma vez constituído no polo passivo da demanda. Será também facultativo e simples[31].

Diferente do que ocorre com a ação popular (art. 6º da Lei 4.717/1965), na Lei 8.429/1992 não existe qualquer previsão expressa no sentido de que todos os sujeitos que participaram da prática do ato de improbidade administrativa componham obrigatoriamente o polo passivo da demanda. Por outro lado, não há uma natureza jurídica incindível que possa, *a priori* e abstratamente, exigir a formação do litisconsórcio no polo passivo. Trata-se, portanto, de litisconsórcio facultativo[32].

Não concordo com a corrente doutrinária que aponta para uma obrigatoriedade na formação do litisconsórcio passivo sob o argumento de indisponibilidade do direito discutido em juízo[33]. O sistema processual não adota esse critério para definir se o litisconsórcio é facultativo ou necessário, não havendo qualquer razão para que isso ocorra na ação de improbidade administrativa, conforme correto entendimento do Superior Tribunal de Justiça[34].

Até se compreende o ideal de que todos que tenham participado do ato de improbidade administrativa participem da ação judicial no polo passivo, considerando-se que não parece justo que agentes ímprobos ou terceiros que participaram ou se beneficiaram do ato saiam ilesos, sem qualquer condenação judicial. Por outro lado, a escolha de quem serão os réus poderá ser contaminada por opções não estritamente jurídicas. E o que é pior, ficando o particular de fora do polo passivo nunca mais poderá ser demandado em ação de improbidade

[29] STJ, 1ª Turma, REsp 614.766/MA, rel. Min. Luiz Fux, j. 05.09.2006, *DJe* 21.09.2006, p. 216.

[30] Informativo 311/STJ, 2ª Turma, REsp 258.122/PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 27.02.2007.

[31] Oliveira, Improbidade, 10.3, p. 355; Sobrane, Improbidade, 8.5, p. 137.

[32] STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.421.144/PB, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 26/05/2015; DJe 10/06/2015; STJ, 2ª Turma, REsp 1.261.057/SP, rel. Min. Humberto Martins, j. 05/05/2015, DJe 15/05/2015. Contra: Decomain, Improbidade, 9.2.3, p. 239.

[33] Santos, Improbidade, 4.2.2.5, p. 246-247; Lucon, Litisconsórcio, pp. 365-366.

[34] STJ, 1ª Turma, REsp 1.243.334/SP, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 03.05.2011, *DJe* 10.05.2011; STJ, 2ª Turma, AgRg no Ag 1.378.210/SP, rel. Min. Herman Benjamin, j. 14.04.2011, *DJe* 25.04.2011.

administrativa, já que não pode ser o único réu dessa ação,[35] e para a pessoa jurídica lesada já terá se operado a coisa julgada, o que impedirá que participe novamente da mesma ação no polo passivo.

As ponderações são consideráveis, mas há o verso da moeda que não pode ser esquecido.

Se o litisconsórcio é necessário, a ausência de qualquer um deles gera uma nulidade absoluta, de forma que sempre se deixaria uma porta aberta para a anulação do processo caso todos sujeitos que tenham participado do ato de improbidade administrativa não tenham figurado no polo passivo da demanda.

Não se deve esquecer que nem sempre é fácil a identificação de rigorosamente todos os que participaram ou se beneficiaram do ato de improbidade administrativa, sendo extremamente perigoso à ação entender que todos eles devam participar do processo. E se, ao final de toda a instrução, descobre-se que um sujeito, mesmo com participação subalterna, deixou de ser posto no polo passivo da demanda? Entendo que nesse caso o mais racional é aplicar por analogia a regra consagrada no art. 7º, § 2º, III, da Lei 4.717/1965 (LAP).

Na ação de improbidade administrativa não será exigida a homogeneidade da decisão para todos os réus, até porque as sanções serão aplicáveis conforme a conduta de cada um deles no ato de improbidade administrativa. Por outro lado, a participação poderá ter sido dolosa ou culposa, com importantes consequências no atinente à responsabilização do réu. Trata-se, portanto, ao menos em regra, de litisconsórcio simples.

Cabe uma última ressalva. Na ação de improbidade administrativa é comum a referência dos pedidos de ressarcimento pelos danos causados e aplicação das penas do art. 12 da LIA aos réus. Nesse caso, realmente trata-se de litisconsórcio facultativo e simples. Ocorre, entretanto, que, se existir no bojo da ação de improbidade o pedido de anulação de ato administrativo, haverá como objeto da ação, ainda que parcialmente, uma relação jurídica incindível, o que exigirá a formação de litisconsórcio entre todos os que participaram da relação de direito material. Nesse caso, como acertadamente decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, será caso de litisconsórcio necessário e unitário para o pedido de anulação do ato[36].

11.4. INDIVÍDUO COMO "LITISCONSORTE" NAS AÇÕES COLETIVAS DE DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO

Nos termos do art. 94 do CDC, é possível que os interessados intervenham em ação coletiva que tenha como objeto direito individual homogêneo como

[35] STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 574.500/PA, rel. Min. Humberto Martins, j. 02/06/2015, DJe 10/06/2015; STJ, 1ª Turma, REsp 1.282.445/DF, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 24/04/2014, DJe 21/10/2014.

[36] STJ, 1ª Turma, REsp 1.162.604/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, 17.06.2010, *DJe* 28.06.2010; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 704.241/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, 03.12.2009, *DJe* 16.12.2009.

litisconsortes do autor. Para tanto, será publicado edital no órgão oficial para que haja uma ciência *erga omnes* da existência da ação, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor. Apesar da relevância da publicação dos editais na conformidade da lei, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de afirmar que sua ausência não gera a anulação da ação coletiva[37].

Não há como deixar de lamentar o dispositivo legal. Ainda que o direito individual homogêneo seja a soma de direitos individuais de origem comum, a admissão de intervenção superveniente dos titulares desses direitos individuais desmoraliza os legitimados ativos, fazendo supor que eles não tenham condições de realizar uma efetiva defesa do direito em juízo. Por outro lado, confunde a tutela individual do direito individual com a tutela coletiva de direito individual, o que não parece ser saudável em razão das evidentes diferenças existentes entre os dois sistemas.

Outra crítica válida é a que aponta para o perigo de uma intervenção em massa de indivíduos, criando dificuldades sérias ao andamento procedimental. Embora seja fenômeno de ocorrência raríssima na praxe forense, é um risco que não se pode desconsiderar por completo. Nesse caso, entretanto, acredito que o próprio sistema resolva o problema por meio do litisconsórcio multitudinário, previsto no art. 113, § 1º, do CPC[38]. Para evitar a presença de número excessivo de indivíduos no processo coletivo, bastará ao juiz indeferir os pedidos de intervenção com base no dispositivo legal mencionado.

Seja como for, o dispositivo existe e sua inaplicação depende de modificação legislativa. Cabe aos operadores sua melhor interpretação.

Apesar de o dispositivo ora comentado prever que os titulares dos direitos individuais que reunidos resultam no direito individual homogêneo ingressem no processo como litisconsortes do autor, e haver doutrina nesse sentido[39], tenho extrema dificuldade de aceitar tal qualificação jurídica. O indivíduo não tem legitimidade para a propositura da ação coletiva fundada em direito individual homogêneo, não sendo possível imaginar que ganharia tal legitimidade supervenientemente, conclusão necessária se de fato se tornar um litisconsorte do autor[40].

Por outro lado, ao admitir sua qualidade de litisconsorte, o indivíduo poderia, respeitando os limites temporais impostos pelo art. 329 do CPC, modificar ou aditar a causa de pedir e o pedido da ação coletiva, o que se mostra inviável. Entendimento em sentido contrário passaria a admitir um pedido de natureza individual elaborado em uma ação coletiva, o que não parece aceitável em razão da natureza – coletiva – da tutela presente nessas espécies de ação. Afirmar que, embora se trate de litisconsórcio, não pode o indivíduo interveniente modificar

[37] STJ, 2ª Turma, REsp 1.377.400/SC, rel. Min. Og Fernandes, j. 18/02/2014, DJe 13/03/2014.

[38] Leonel, Manual, 5.10.4, p. 258.

[39] Venturi, Processo, 9.2, p. 307.

[40] Spadoni, Assistência, p. 504.

o objeto do processo[41] não parece correto, sob pena de comprometimento do próprio instituto do litisconsórcio.

Ainda que rejeite a qualidade litisconsorcial dessa intervenção, é preciso registrar que, reconhecendo-se tal natureza, tratar-se-á de litisconsórcio unitário, considerando a necessidade de a decisão ter o mesmo teor para o autor originário e para o indivíduo interveniente[42].

Também não parece correto entender que o indivíduo ingresse como assistente simples, porque, apesar de existir uma relação jurídica não controvertida entre ele e o réu do processo coletivo, não há interesse jurídico que justifique sua intervenção. Nesse caso cabe a lembrança de a coisa julgada coletiva operar-se *secundum eventum litis in utilibus*, de modo que, sendo julgado improcedente o pedido formulado na ação coletiva, o indivíduo estará livre para a propositura de sua ação individual.

Seria então uma espécie de assistência litisconsorcial? Embora haja doutrina que adote esse entendimento[43], tenho dificuldade de aceitar essa solução por duas razões: (a) o indivíduo não é legitimado à propositura da ação coletiva[44]; (b) não parece razoável que o indivíduo tenha os poderes processuais de um litisconsorte unitário, até porque não tem legitimidade para defender em juízo o direito individual homogêneo, estando, portanto, vinculado à vontade do autor da demanda.

Como se pode notar, não concebo uma explicação satisfatória para essa indesejável intervenção por nenhuma das intervenções típicas que possivelmente poderiam aclará-la nem pelo fenômeno do litisconsórcio. Entendo que se trata de intervenção atípica, devendo o indivíduo ser considerado procedimentalmente como um assistente simples do autor, embora não se trate de assistência simples pela ausência de interesse jurídico. Há doutrina que com os mesmos fundamentos conclui no sentido de existência de uma "assistência coletiva simples"[45].

11.5. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

Por intervenção de terceiros entende-se a permissão legal para que um sujeito alheio à relação jurídica processual originária ingresse em processo já em andamento. Apesar das diferentes justificativas que permitem esse ingresso, as intervenções de terceiro devem ser expressamente previstas em lei, tendo fundamentalmente como propósitos a economia processual (evitar a repetição de atos processuais) e a harmonização dos julgados (evitar decisões contraditórias).

[41] Grinover, Código, pp. 150-151.

[42] Grinover, Código, p. 94.

[43] Andrade-Masson-Andrade, Interesses, 2.6.1.5, p. 133; Didier Jr.-Zaneti Jr., Curso, p. 242.

[44] Mazzilli, A defesa, p. 370, defende a natureza de assistência litisconsorcial, embora com a singularidade indicada no texto.

[45] Spadoni, Assistência, p. 510.

É natural que, uma vez admitido no processo, o sujeito deixa de ser terceiro e passa a ser considerado parte; em alguns casos "parte na demanda" e em outros, "parte no processo"[46].

O Título III do Livro III do Código de Processo Civil de 2015 tem como rubrica "Da intervenção de terceiros", compreendendo a assistência, a denunciação da lide, o chamamento ao processo (arts. 119 a 132), o incidente de desconsideração da personalidade jurídica (arts. 133 a 137) e o *amicus curiae* (art. 138).

Ocorre, entretanto, que nem todas as intervenções encontram sua justificação nessas cinco modalidades típicas de intervenção de terceiro, o que demonstra que o rol legal é meramente exemplificativo. Previsões legais esparsas que permitem a intervenção de um terceiro em processo já em andamento, e que não são tipificáveis em nenhuma dessas cinco modalidades, constituem as chamadas intervenções de terceiros atípicas. A definição dessa espécie de intervenção dependerá da amplitude que se pretenda dar à atipicidade, não existindo unanimidade na doutrina a respeito de quais efetivamente sejam essas intervenções atípicas.

No art. 7º da Lei 9.868/1999 há previsão expressa de inadmissibilidade de intervenção de terceiros no processo objetivo. Parece ser indiscutível o acerto da norma, quando se imagina terceiros subjetivamente interessados no resultado do processo, considerando-se a natureza de processo objetivo das ações de controle concentrado de constitucionalidade[47]. Tal regra é aplicável a todas as ações de controle de constitucionalidade, que compõem o processo coletivo especial. O *amicus curiae* é tratado em tópico específico.

No tocante ao processo coletivo comum, não existe qualquer previsão expressa que impeça a intervenção de terceiros, sendo exigida uma análise de seu cabimento à luz das diferentes espécies de intervenção.

11.6. ASSISTÊNCIA

11.6.1. Assistência simples

Essa é a espécie tradicional de assistência, tanto assim que a locução isolada "assistência" significa *assistência simples*, também chamada de *adesiva*. A assistência depende da existência de um interesse jurídico de terceiro na solução da demanda, representado no caso pela existência de uma relação jurídica não controvertida, distinta daquela discutida no processo, entre o assistente (terceiro) e o assistido (autor ou réu), que possa vir a ser afetada pela decisão a ser proferida no processo do qual não participa.

[46] Fux, *Curso*, pp. 273-274.

[47] STF, Tribunal Pleno, ADIn 2.994/BA, rel. Min. Ellen Gracie, j. 31.05.2006, *DJ* 04.08.2006, p. 25; Dirley da Cunha Jr., A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – a intervenção do particular, do colegitimado e do *amicus curiae* na ADIn, ADC e ADPF, *Aspectos*, pp. 150-153.

Parece não haver qualquer empecilho à assistência simples do réu na ação coletiva. É possível que o réu mantenha com o terceiro uma relação jurídica não controvertida que possa ser afetada pelo resultado do processo coletivo. Havendo o interesse jurídico, conforme exigido pelo art. 119 do CPC, nada impede essa forma de intervenção no polo passivo da demanda[48]. Basta imaginar um contrato do réu com um terceiro que possa perder o objeto em razão de a decisão a ser proferida no processo coletivo. O Superior Tribunal de Justiça admite essa forma de intervenção, apenas exigindo o efetivo interesse jurídico no caso concreto[49].

No tocante ao polo ativo, entretanto, a situação muda consideravelmente de figura. Seja porque não há relação do interessado com a pessoa a quem assiste[50], seja porque a coisa julgada só vincula o particular *in utilibus*[51], não se consegue imaginar hipótese na qual o terceiro tenha o indispensável interesse jurídico para ser admitido como assistente do autor[52], salvo em uma hipótese bastante específica.

Nos termos do art. 89 da Lei 8.884/1994, hoje revogada pela Lei 12.529/2011, que passou a cuidar da matéria e tem por correspondente ao dispositivo mencionado o seu art. 118, em processos judiciais em que se discutam a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente. Sendo esse processo judicial coletivo, parece que o CADE poderá ingressar como assistente simples do autor, conforme já expressamente permitido pelo Superior Tribunal de Justiça[53]. Pessoalmente, prefiro o entendimento de que a participação do CADE nesse caso seria como *amicus curiae*, mas o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de confirmar a qualidade de assistente, nos termos do art. 118 da Lei 12.529/2011 (que revogou o art. 89 da Lei 8.884/1994)[54].

11.6.2. Assistência litisconsorcial

Prevista pelo art. 124 do CPC, a assistência litisconsorcial é excepcional, distinguindo-se substancialmente da assistência simples. A principal diferença entre essas duas espécies de assistência diz respeito à natureza da relação jurídica controvertida apta a permitir o ingresso do terceiro no processo como assistente. Na assistência litisconsorcial, o terceiro é titular da relação jurídica de direito material discutida no processo, sendo, portanto, diretamente atingido em sua esfera jurídica pela decisão a ser proferida. Portanto, o assistente litisconsorcial

[48] Mazzilli, A defesa, p. 373; Leonel, Manual, 5.10.4, p. 253.

[49] STJ, 1ª Turma, REsp 1.223.361/PE, rel. Min. Herman Benjamin, j. 07.06.2011, *DJe* 10.06.2011; STJ, REsp 1.182.123/PE, rel. Min. Castro Meira, j. 11.05.2010, *DJe* 21.05.2010.

[50] Gidi, Coisa, p. 55.

[51] Didier Jr.-Zaneti Jr., Curso, p. 239.

[52] Leonel, Manual, 5.10.4.

[53] STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.125.981/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 28.02.2012, *DJe* 05.03.2012.

[54] STJ, 2ª Turma, REsp 650.892/PR, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 03/11/2009, DJe 13/11/2009.

tem relação jurídica tanto com o assistido quanto com a parte contrária, afinal todos eles participam da mesma relação de direito material, diferente do que ocorre no litisconsórcio simples, no qual não há relação jurídica do assistente com o adversário do assistido.

Certamente causa estranheza em um primeiro momento a verificação de que para que exista a assistência litisconsorcial seja necessário que o titular do direito não faça parte do processo que tenha como objeto justamente o seu direito. Em regra, tal situação não poderia ocorrer, mas excepcionalmente admitir-se-á que terceiro titular do direito não participe do processo em que o seu direito é discutido. Trata-se das hipóteses de legitimação extraordinária, pela qual é possível que seja parte processual um sujeito que não é titular do direito (substituição processual) ou de sujeito que é titular com outros sujeitos (cotitulares) que não precisam participar do processo para que este seja válido e eficaz[55].

O ingresso dos colegitimados no processo já foi devidamente abordado no tópico 11.2.3.1 do presente capítulo, enquanto o tema do ingresso do indivíduo na ação coletiva, que tenha como objeto direito individual homogêneo, foi aqui tratado no tópico 11.4.

11.7. DENUNCIAÇÃO DA LIDE

Serve a denunciação da lide para que uma das partes traga ao processo um terceiro que tem responsabilidade de ressarci-la pelos eventuais danos advindos do resultado desse processo. O direito regressivo da parte contra terceiros (ou excepcionalmente contra a própria parte contrária), portanto, é o fator principal que legitima a denunciação da lide.

Nada obsta à utilização da denunciação da lide no processo coletivo, sempre que presente um dos requisitos de cabimento previsto pelo art. 125 do CPC, em especial a hipótese prevista pelo inciso III.[56] Eventual vedação com o fundamento de que a inclusão do terceiro tornaria mais complexa a relação jurídica processual e, consequentemente, mais moroso o andamento do processo, em prejuízo do autor coletivo, não se mantém diante do aspecto macroscópico do princípio da economia processual.

Naturalmente, haverá uma maior demora, se o número de sujeitos processuais for maior, mas essa demora do processo coletivo favorece o sistema como um todo, evitando a existência de outros processos envolvendo aquele que será denunciado à lide. Ainda que sejam sempre bem-vindas a preocupação com o autor coletivo e a duração razoável do processo coletivo, não vejo como positiva a vedação da denunciação da lide porque tal forma de intervenção também tem

[55] STJ, REsp 802.342/PR, 4ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 09.12.2008, *DJe* 02.02.2009; Arruda Alvim, *Manual*, n. 43, p. 117.

[56] Dinamarco, Intervenção, 79, p. 139; Grinover, Ação, p. 16; Andrade-Masson-Andrade, Interesses, 2.6.4, p. 136. Em sentido contrário: Almeida, Aspectos, 12.6, p. 241; Mazzilli, A defesa, p. 380; Leonel, Manual, 5.3, p. 200.

fundamento em interesses da coletividade: economia processual e harmonização de julgados.

O Superior Tribunal de Justiça entende que, versando a ação sobre responsabilidade objetiva do réu, não caberá a denunciação da lide se, nesse caso, se fizer necessária a análise da culpa, em decorrência da responsabilidade subjetiva do denunciado[57]. O entendimento, naturalmente, aplica-se tanto às ações individuais como às coletivas.

11.7.1. Denunciação da lide no Código de Defesa do Consumidor

11.7.1.1. Introdução

Segundo o art. 88 do CDC, é expressamente proibida a denunciação da lide na hipótese do art. 13, parágrafo único, do mesmo diploma legal, sendo norma aplicável tanto às ações individuais como coletivas que envolvem o direito consumerista. Nesse ponto, é importante destacar, como faz a melhor doutrina, que a vedação no processo coletivo limita-se às ações consumeristas[58].

11.7.1.2. Razões da vedação legal

11.7.1.2.1. Introdução

O art. 12 da Lei 8.078/1990 prevê uma responsabilidade solidária entre o fabricante, o produtor, o construtor e o importador, pela reparação de danos suportados pelo consumidor, pelos defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. O comerciante, entretanto, só responde solidariamente com esses sujeitos nas hipóteses previstas pelo art. 13 do mesmo diploma legal.

Interessa à presente análise o disposto no parágrafo único do art. 13 do mencionado diploma legal, ao prever o direito regressivo daquele que responder perante o consumidor contra os demais responsáveis, norma que envolve tanto os sujeitos indicados no art. 12 como o comerciante.

Seria natural imaginar, em decorrência da expressa previsão de direito regressivo, que o sujeito escolhido pelo autor coletivo para figurar no polo passivo da demanda possa denunciar à lide os demais sujeitos indicados pelos dispositivos consumeristas mencionados, nos termos do art. 125, II, do CPC. Ocorre,

[57] STJ, 3ª Turma, REsp 801.691/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 06.12.2011, *DJe* 15.12.2011; STJ, 2ª Turma, AgRg no Ag 1.213.458/MG, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 24.08.2010, *DJe* 30.09.2010; STJ, 1ª Turma, REsp 1.089.955/RJ, rel. Min. Denise Arruda, j. 03.11.2009, *DJe* 24.11.2009.

[58] Dinamarco, Intervenção, 79, p. 139; Grinover, Ação, p. 16.

entretanto, que existe uma vedação expressa no art. 88 da Lei 8.078/1990 a essa espécie de intervenção, ao menos nas hipóteses previstas no art. 13 da referida lei.

Existem dois fundamentos essenciais para justificar a vedação à denunciação da lide: (a) evitar o retardamento da tutela jurisdicional em benefício dos consumidores e (b) porque invariavelmente a denunciação na lide consumerista será feita com a invocação de causa de pedir distinta da existente na ação já em curso[59].

11.7.1.2.2. Retardamento procedimental

O primeiro fundamento para justificar a vedação é não prejudicar os consumidores no tocante ao andamento do processo, considerando-se que a intervenção de mais um (ou alguns) sujeito no polo passivo junto ao réu originário tornaria a relação jurídica processual mais complexa e, consequentemente, o andamento procedimental mais vagaroso[60].

Essa visão, entretanto, leva em consideração apenas um aspecto do princípio da economia processual. Observando mais amplamente esse princípio, têm-se alguns institutos processuais que evitam a repetição de atos processuais, o que, em uma análise macroscópica, é extremamente importante para o sistema como um todo[61]. É evidente que, pensado o princípio equivocadamente de forma microscópica, voltado somente para o caso concreto, uma intervenção de terceiro como a denunciação da lide, ao tornar a relação jurídica processual mais complexa, atrasa a entrega da prestação jurisdicional naquela demanda. O ganho para o sistema como um todo, contudo, justifica tal sacrifício do processo individualmente considerado.

O que se pretende demonstrar é que justificar a vedação do art. 88 do CDC com uma crítica ao instituto da denunciação da lide não é a melhor forma de lidar com o tema. Simplesmente desconsiderar o aspecto macroscópico do princípio da economia processual é se posicionar contra toda a estrutura de nosso processo civil, que, em diversos institutos, sacrifica o processo individualmente considerado, mesmo quando tutela direito material coletivo *lato sensu*, para atender ao sistema como um todo.

No caso específico do art. 88 do CDC, seria mais adequado justificar a vedação legal tomando-se por base um conflito de interesses no caso concreto: o interesse dos consumidores de obter um resultado mais rápido e de forma facilitada e o interesse público de evitar a repetição de atos processuais e/ou a criação de novos processos. O legislador fez uma escolha em favor dos consumidores, que pode até não ser considerada acertada, preferindo prestigiar um

[59] Watanabe, Código, v. II, p. 123.
[60] Cavalieri, Programa, n. 176, p. 321.
[61] Cintra, Grinover, Dinamarco, *Teoria*, n. 30, p. 79.

interesse que no processo coletivo será invariavelmente individual homogêneo ou coletivo a um interesse público, de natureza difusa. Essa foi, entretanto, a escolha clara do legislador, e não pode ser simplesmente desconsiderada, apesar de corretamente criticada por parcela doutrinária[62].

Compreendendo-se a *ratio* da norma, fica mais fácil defender uma visão intermediária entre a vedação expressa prevista no art. 88 do CDC e a admissão aparentemente genérica do art. 125, II, do CPC. Se o objetivo da vedação é proteger os consumidores, evitando uma demora maior no tempo de duração do processo em que se discute seu direito, parece viável que o autor coletivo renuncie a essa proteção legal no caso concreto, admitindo expressamente a denunciação da lide realizada pelo réu.

É preciso lembrar que, ainda que devam arcar com o ônus de um tempo maior de duração do processo, os consumidores poderão ser beneficiados pela existência de variados réus condenados no momento em que o processo chegar à fase de cumprimento de sentença. O raciocínio é simples: quanto mais réus condenados a ressarcir o dano suportado pelo consumidor, mais extenso o patrimônio disponível para garantir a satisfação de seu direito.

É possível que o autor coletivo, por ignorância ou desconhecimento, ajuíze a demanda reparatória contra réu que não tenha condição patrimonial confortável, existindo outros responsáveis solidários com condições muito mais adequadas a garantir a futura satisfação do direito. Uma vez denunciado à lide um desses sujeitos, entendo ser possível que o autor autorize a intervenção, já pensando na melhor condição de satisfação de seu direito no momento da execução.

Poder-se-ia, inclusive, adotar por analogia o procedimento da nomeação à autoria, espécie de intervenção de terceiro que depende da anuência do autor. Dessa forma, uma vez denunciado à lide um terceiro no processo consumerista, deveria ser o autor intimado para se manifestar no prazo de 5 dias. Aceitando expressamente ou silenciando, o que seria compreendido como aceitação tácita, a denunciação será admitida e o terceiro citado para integrar o polo passivo da demanda; rejeitando, o prazo de resposta seria devolvido na íntegra para o réu, que continuaria a compor sozinho o polo passivo.

Note-se, entretanto, que, para que tenha algum sentido o entendimento ora defendido, é imprescindível apontar o equívoco do legislador no tocante à intervenção de terceiro nas situações descritas pelos dispositivos analisados. Como já mencionado, a denunciação da lide tem com fundamento a existência de um direito regressivo da parte contra um terceiro, responsável por ressarcir seus eventuais danos advindos do processo judicial. Nessa espécie de intervenção de terceiro não existe relação jurídica de direito material entre o terceiro e a parte contrária, de modo que não se pode admitir uma condenação direta do denunciado em favor da parte contrária.

[62] Greco, Instituições, v. I, p. 534.

A doutrina majoritária, justamente com fundamento na inexistência de relação jurídica de direito material entre a parte contrária e o denunciado, defende a impossibilidade de condenação direta do denunciado à lide, afirmando que as duas demandas existentes (autor-réu e denunciante-denunciado) são decididas de forma autônoma, em diferentes capítulos, o que inviabiliza essa condenação direta[63]. Mesmo doutrinadores que defendem a qualidade de litisconsorte do denunciado afirmam que essa qualidade jurídica processual não é suficiente para a condenação direta[64].

Portanto, se realmente se tratasse de denunciação da lide a intervenção prevista pela combinação dos arts. 13 e 88 do CDC, nenhuma vantagem possível haveria para os consumidores, que teriam todo o ônus de arcar com a presença do terceiro em seu processo sem poder executá-lo diretamente. Ocorre, entretanto, que, sendo os sujeitos descritos no art. 13 do CDC responsáveis solidários, a intervenção de qualquer um deles por iniciativa do réu é na realidade um chamamento ao processo[65], forma de intervenção que permite a condenação solidária de todos os réus.

Por outro lado, na esteira de decisões do Superior Tribunal de Justiça[66], o art. 128, parágrafo único, do CPC, passou a prever a possibilidade de cumprimento de sentença diretamente contra o denunciado à lide, na hipótese de acolhimento do pedido da parte contrária e do denunciante. Logo, mesmo que se admita haver uma denunciação da lide na hipótese ora analisada, poderá tal forma de intervenção ser vantajosa aos consumidores no momento executivo.

Conclusivamente, sendo denunciação da lide, conforme previsto em lei, ou chamamento ao processo, como defendido corretamente por parcela doutrinária, a possibilidade de o autor concordar ou não com a intervenção provocada pelo réu-fornecedor seria saudável medida visando à criação de melhores condições à satisfação do direito.

11.7.1.2.3. Nova causa de pedir em razão da denunciação da lide

O segundo argumento para justificar a vedação contida no art. 88 do CDC é o de que, com a denunciação da lide, invariavelmente se verifica uma ampliação objetiva da demanda, dado que essa forma de intervenção de terceiro em regra leva ao processo uma nova causa de pedir, estranha ao objeto do processo principal[67]. Existe um interessante debate doutrinário a respeito da real amplitude do art. 125, II, do CPC, envolvendo a questão relativa à garantia própria (referente à transmissão de direito) e imprópria (referente à responsabilidade civil de ressarcimento de dano).

[63] Dinamarco, *Intervenção*, n. 87, pp. 149-150; Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 510; Bedaque, *Código*, p. 180.

[64] Arruda Alvim, Manual, n. 73, p. 173.

[65] Didier Jr., Curso, v. 1, p. 400.

[66] Informativo 490/STJ, 2ª Seção, REsp 925.130-SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 08.02.2012.

[67] STJ, 4ª Turma, REsp 605.120/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 27.04.2010, *DJE* 15.06.2010.

Para parcela da doutrina, não pode a denunciação da lide levar ao processo um fundamento jurídico novo, que não estivesse presente na demanda originária, salvo a responsabilidade direta decorrente de lei ou contrato. Reconhecendo que sempre haverá uma ampliação objetiva da demanda em razão da denunciação da lide, essa parcela da doutrina entende que tal ampliação deve ser mínima, não se admitindo que se exija do juiz o enfrentamento da questão referente ao direito regressivo. Quando menciona a responsabilidade direta, quer essa doutrina dizer que o direito regressivo tem que ser natural e indiscutível diante do dano suportado pela parte denunciante, o que não exigirá do juiz o enfrentamento de novas questões relativas a esse direito, limitando-se o julgador a, uma vez condenado o denunciante, automaticamente condenar o denunciado ao ressarcimento[68].

Por outro lado, em teoria que merece ser acolhida, parcela da doutrina defende um entendimento significativamente amplo para o art. 125, II, do CPC, afirmando basicamente que as diferenças entre a garantia própria e imprópria e correspondentes institutos jurídicos adequados para sua discussão em termos de direito regressivo, teoricamente existentes na Itália, não podem contaminar o desenvolvimento do tema no Brasil. Nosso direito não prevê diferença entre a garantia própria e a imprópria, de modo que não será legítimo o intérprete criar essa diferença não prevista em lei para limitar a abrangência do direito de denunciar à lide o responsável regressivo[69].

Portanto, ainda que a denunciação da lide leve ao processo um fundamento jurídico novo, fundado na existência ou não do direito de regresso no caso concreto, ela deve ser admitida. Dentro da concepção de efetividade do processo, da celeridade processual e da harmonização dos julgados derivados da denunciação da lide, não se admite que tais princípios sejam sacrificados pela interpretação restritiva dessa espécie de intervenção de terceiro, pois tal entendimento impediria a situação mais frequente de denunciação da lide, que envolve segurado e seguradora, na qual evidentemente deverá ser enfrentada e decidida no processo não só a existência do direito de regresso alegado pelo denunciado, como também a sua extensão[70].

Como adoto a teoria que admite a ampliação da causa de pedir por meio da denunciação da lide, não concordo com essa segunda justificativa para a vedação contida no art. 88 do CDC. A vinda de nova causa de pedir parece ser natural da denunciação da lide, em especial nas relações consumeristas. Na realidade, a preocupação com o aumento de causas de pedir na demanda tem reflexo na ideia exposta no item anterior, de que o processo passe a demorar mais do que o previsto sem a denunciação da lide. Mais uma vez, portanto, lembro que a

[68] Nery-Nery, *Código*, p. 70; Greco Filho, *Direito*, v. 1, n. 22.5, pp. 151-156. Fidélis dos Santos, *Curso*, n. 196, pp. 98-99. *Informativo* 346/STJ, 4ª Turma, REsp 934.394-PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 26.02.2008.

[69] Dinamarco, *Intervenção*, p. 179; Theodoro Jr., *Curso*, v. 1, p. 144; Bedaque, *Código*, pp. 184-187; Fux, *Curso*, pp. 299-300.

[70] Dinamarco, *Intervenção*, pp. 177-178; Arruda Alvim, *Manual*, n. 71, pp. 166-170; Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 503.

economia macroscópica deve prevalecer diante da economia microscópica, mas, se a opção do legislador foi afastar essa forma mais ampla de economia processual para a proteção do consumidor no caso concreto, cabe ao operador do Direito respeitar a opção.

11.7.1.2.4. Abrangência da vedação legal

O art. 88 do CDC, ao impedir a denunciação da lide, prevê que a vedação dessa forma de intervenção de terceiro se dê somente na hipótese do art. 13, parágrafo único, do mesmo diploma legal. Como esse dispositivo está contido no capítulo "Da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço", há certa divergência doutrinária a respeito do âmbito de aplicação da vedação legal.

Para parcela da doutrina, embora em uma interpretação literal possa se dizer que a vedação não alcança demandas consumeristas que versem sobre outro objeto que não a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, é preferível se valer da vedação para qualquer hipótese que envolva o direito do consumidor[71]. O entendimento é lógico, fundado nos objetivos pretendidos pelo legislador. Se a premissa da vedação é proteger os consumidores, evitando que o autor coletivo seja obrigado a litigar contra quem não escolheu para compor o polo passivo, não há razão para uma interpretação restritiva.

O Superior Tribunal de Justiça possuía entendimento consolidado no sentido de limitar a vedação legal nos termos da lei, admitindo a denunciação da lide somente nas hipóteses de responsabilidade por vício do produto e do serviço[72]. Por esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça demonstrava não existir uma vedação plena de denunciação da lide em demandas consumeristas, tudo a depender da matéria tratada no processo. Não é mais, entretanto, esse o entendimento daquele tribunal a respeito da matéria, tendo passado a decidir que a vedação ora analisada também se aplica nas demais hipóteses de responsabilidade civil por acidentes de consumo[73].

De qualquer maneira, mesmo nas hipóteses de vedação, uma vez tendo sido realizada a denunciação da lide e o processo se desenvolvido com o terceiro atuando no processo, a razoabilidade impede a anulação do processo[74], o mesmo ocorrendo quando a admissão do terceiro como denunciado à lide se der em momento muito adiantado do processo, quando se deve indeferir a intervenção, ainda que abstratamente cabível, em preservação dos princípios da economia processual e duração razoável do processo[75].

[71] Didier Jr., Curso, p. 401; Theodoro Jr., Curso, v. 1, n. 124-a, p. 140.

[72] STJ, REsp 1.123.195/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 16.12.2011, *DJE* 03.02.2011; STJ, REsp 1.024.791/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 05.02.2009, *DJE* 09.03.2009.

[73] STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 694.980/MS, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 22/09/2015, DJe 29/09/2015; Informativo 498/STJ, 3ª Turma, REsp 1.165.279-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 22.05.2012.

[74] STJ, REsp 170.681/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 01.04.2008, *DJE* 15.04.2008.

[75] STJ, 4ª Turma, REsp 933.937/PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 12/06/2012, DJe 16/08/2012.

11.8. CHAMAMENTO AO PROCESSO

Da leitura das três hipóteses de cabimento previstas no art. 130 do CPC conclui-se que o chamamento ao processo tem forte ligação com as situações de garantia simples, nas quais se verifique uma coobrigação gerada pela existência de mais de um responsável pelo cumprimento da obrigação perante o credor. O art. 130, I, do CPC trata da relação entre devedor principal e fiador, o art. 130, II, do CPC, da relação entre fiadores, e o art. 130, III, do CPC, dos devedores solidários.

Não vejo qualquer impedimento ao chamamento ao processo no âmbito das ações coletivas, inclusive sendo interessante que existam mais coobrigados no polo passivo da demanda para que se amplie o campo patrimonial de uma futura e eventual responsabilidade na satisfação do direito[76]. A maior demora gerada pelo ingresso de novos réus na demanda é compensada por essa garantia mais ampla de satisfação do direito, além de atender ao princípio da economia processual em seu aspecto macroscópico.

Registre-se o entendimento pacificado dos tribunais superiores no sentido de não se admitir o chamamento ao processo nas ações que envolvam a entrega de medicamentos, inclusive as coletivas, sendo considerada essa forma de intervenção medida inútil e meramente protelatória[77]. Para os tribunais superiores, além de o chamamento ao processo, quando fundado em dívida solidária, se limitar às obrigações de pagar quantia[78], não haverá direito regressivo do réu contra o chamado diante do cumprimento da obrigação em razão da sentença judicial[79].

11.8.1. Espécie atípica de chamamento ao processo

Segundo o art. 101, II, do CDC, o réu que tiver um contrato de seguro poderá chamar ao processo o segurador, sendo vedado o ingresso na demanda do Instituto de Resseguros do Brasil. A norma é aplicável tanto às ações consumeristas individuais como às coletivas.

O dispositivo legal demonstra de maneira definitiva que a Lei 8.078/1990 não respeitou o conceito das intervenções de terceiro típicas previstas pelo Código de Processo Civil. Como já afirmado, no art. 88 do CDC há menção à denunciação da lide quando na realidade o correto seria a previsão de chamamento ao processo, considerando a responsabilidade solidária pelo ressarcimento de danos suportados pelo consumidor de todos os que participaram da cadeia de prestação de serviços ou alienação de produtos. No art. 101, II, do CDC, há previsão de

[76] Leonel, Manual, 5.10.3, p. 250; Mazzilli, A defesa, p. 389; Gomes Jr., Curso, p. 230.

[77] STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 28.718/SC, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 27.09.2011, *DJe* 30.09.2011.

[78] Informativo 490/STJ, 2ª Turma, REsp 1.009.947-SC, rel. Min. Castro Meira, j. 07.02.2012.

[79] STF, 1ª Turma, RE 607.381 AgRg/SC, rel. Min. Luiz Fux, j. 31.05.2011, *DJe* 17.06.2011.

chamamento ao processo quando o correto seria a denunciação da lide, considerando a natureza de direito regressivo existente entre segurado e seguradora.

Ocorre, entretanto, que, se o art. 88 do CDC, não tem muita justificativa para o equívoco quanto à espécie de intervenção de terceiro cabível, o mesmo não se pode dizer do art. 101, II, do CDC, que, ao prever o chamamento ao processo do segurador, foi ainda mais longe para determinar expressamente a aplicação do art. 132 do CPC à sentença que julgar procedente o pedido, condenando-se solidariamente o segurado e o segurador. A confusão, conforme apontado pela melhor doutrina, foi proposital, justamente para que fosse possível a condenação direta do denunciado à lide perante o autor da ação consumerista[80].

O legislador consumerista inventou um novo modo de chamamento ao processo, criando uma verdadeira responsabilidade solidária entre segurado e seguradora pelo ressarcimento dos prejuízos suportados pelo consumidor. É curioso que, para essa forma de intervenção de terceiro, o legislador não tenha se preocupado com a demora procedimental que naturalmente o chamamento ao processo do segurador acarretará. Pensou antes na expressa permissão de condenação direta do segurador em benefício dos consumidores, no tocante à condição patrimonial para futura satisfação de seu direito. Criou uma condenação direta que no sistema de intervenções de terceiro não existia e, mesmo permitindo que a intervenção regulada pelo art. 101, II, do CDC postergue a entrega da prestação jurisdicional, a mera responsabilização direta do segurador é o suficiente para esse inevitável retardamento.

A engenhosa criação legislativa, amplamente favorável aos consumidores, no tocante às condições de efetivamente satisfazer uma eventual sentença condenatória, certamente foi saudada como inovadora nos primeiros anos de aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Afinal, como lembra a melhor doutrina, o tipo de responsabilidade tratado pelo dispositivo legal seria típico de denunciação da lide e não de chamamento ao processo, justamente pela ausência de solidariedade passiva entre réu e terceiro[81].

Atualmente, entretanto, a previsão parece não ser mais tão relevante quanto outrora se mostrou, em especial quando se considera a previsão do art. 128, parágrafo único, do CPC, que admite que o cumprimento de sentença seja movido diretamente contra o denunciado, desde que acolhidos os pedidos da parte contrária e do denunciante.

11.8.1.1. Ação diretamente proposta contra a seguradora

O art. 101, II, do CDC cria, pela aplicação do instituto do chamamento ao processo, uma responsabilidade solidária entre fornecedor e segurador para o ressarcimento dos danos suportados pelo consumidor. O Superior Tribunal de

[80] Arruda Alvim, Manual, p. 708.

[81] Theodoro Jr., Curso, v. 1, n. 124-a, p. 140.

Justiça, por fundamentos variados, permite a condenação direta da seguradora denunciada à lide, ainda que não exista na demanda relação de consumo, criando, jurisprudencialmente, uma responsabilidade solidária do segurado e seguradora perante a vítima do ato ilícito.

Não demorou muito para surgirem decisões que, para manterem a coerência do raciocínio, permitem o ingresso da demanda diretamente contra a seguradora, deixando-se fora dela o causador do dano[82], ou mesmo a formação de litisconsórcio passivo inicial entre eles, justamente em razão da solidariedade existente entre ambos[83].

Esse entendimento já consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça afasta a aplicabilidade da parte final do art. 101, II, do CDC, que prevê que somente na hipótese de o réu ser declarado falido o consumidor poderia ingressar com a ação de indenização diretamente contra o segurador. Na realidade, não há qualquer necessidade de falência do segurado, cabendo o ingresso do consumidor diretamente contra a seguradora em qualquer hipótese, tudo dependendo de sua vontade na composição do polo passivo, que inclusive poderá contar com um litisconsórcio formado pelo segurado e seguradora.

Registre-se, entretanto, recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça pela inadmissão de propositura de ação somente contra a seguradora sob o correto fundamento de ofensa ao princípio da ampla defesa. Realmente será difícil – quando não impossível – a seguradora, que não participou do fato que gerou a demanda, se defender das alegações fáticas contidas na petição inicial. O autor poderá, portanto, no máximo, formar um litisconsórcio passivo entre o causador do dano e sua seguradora.

O art. 101, II, do CDC prevê que, tanto na ação de indenização promovida contra o fornecedor em que se dê o chamamento ao processo do segurador como na ação promovida diretamente contra o segurador, é vedada a integração do contraditório pelo Instituto de Resseguros do Brasil. A vedação refere-se à denunciação da lide desse sujeito, e atende aos propósitos já expostos quanto à vedação constante no art. 88 do CDC[84].

11.9. *AMICUS CURIAE*

11.9.1. Introdução

Mesmo que o Código de Processo Civil de 2015 tenha passado a prever expressamente o *amicus curiae* entre os terceiros intervenientes típicos, com o que concordo plenamente, não acredito em mudança do Supremo Tribunal Federal

[82] Informativo 490/STJ, 2ª Seção, REsp 962.230-RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 08.02.2012.

[83] STJ, 3ª Turma, REsp 713.115/MG, rel. Min. Castro Filho, j. 21.11.2006, *DJ* 04.12.2006; STJ, 4ª Turma, REsp 401.718, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 03.09.2002, *DJ* 24.03.2003.

[84] Watanabe, Código, v. II, p. 170.

a respeito da qualidade processual que adquire ao ingressar no processo[85], de forma que continuarei a tratá-lo como terceiro interveniente atípico.

O tema é tratado pelo art. 138 do CPC, sendo interessante a inovação do dispositivo legal ao cuidar da intervenção do *amicus curiae* de forma geral, considerando-se que atualmente há apenas menções pontuais a respeito de sua participação e que o Superior Tribunal de Justiça limita a intervenção do *amicus curiae* às hipóteses expressamente consagradas em lei[86], restringindo sua atuação ao processo objetivo, à análise da repercussão geral no recurso, ao julgamento por amostragem dos recursos excepcionais e ao incidente de inconstitucionalidade.

11.9.2. Interesse institucional

A origem da figura do *amicus curiae* vem do direito romano, sendo que no direito norte-americano deu-se o seu maior desenvolvimento, com fundamento na intervenção de um terceiro desinteressado em processo em trâmite com o objetivo de contribuir com o juízo na formação de seu convencimento. Em tese seus conhecimentos a respeito da matéria tratada na ação justificam a intervenção, sempre com o propósito de melhorar a qualidade da prestação da tutela jurisdicional.

Apesar de a origem do instituto estar atrelada à ideia de "amigo da corte" (*friend of court* ou *freund des gerichts*), é preciso reconhecer que demandar um total desinteresse do *amicus curiae* seria o suficiente para aniquilar completamente essa forma de participação na ação direta de inconstitucionalidade. É preciso reconhecer que o *amicus curiae* contribui com a qualidade da decisão dando sua versão a respeito da matéria discutida, de forma que ao menos o interesse para a solução da demanda no sentido de sua manifestação sempre existirá. Ainda que tenha muito a contribuir em razão de seu notório conhecimento a respeito da matéria, não é comum que as manifestações do *amicus curiae* sejam absolutamente neutras.

Por outro lado, demonstra-se a existência de um interesse institucional por parte do *amicus curiae*, que, apesar da proximidade com o interesse público, com este não se confunde. O interesse institucional é voltado à melhor solução possível do processo por meio do maior conhecimento da matéria e dos reflexos no plano prático da decisão[87]. Esse verdadeiro interesse jurídico, diferente do interesse jurídico do assistente, porque não diz respeito a qualquer interesse subjetivo, é justamente o que legitima a participação do *amicus curiae* no processo.

Essa constatação, entretanto, não é o suficiente para entender a intervenção do *amicus curiae* como hipótese de assistência, porque não há interesse jurídico

[85] *Informativo* 499/STF: Tribunal Pleno, ADI-ED 3.615/PB, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 17.03.2008.

[86] *Informativo* 488/STJ: 2.ª Seção, REsp 1.023.053/RS, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 23.11.2011.

[87] Scarpinella Bueno, *Amicus curiae*, pp. 500-511; Barroso, *O controle*, p. 177, fala em "legítimo interesse no resultado da ação". Prá, Breves, p. 64, chama de "interesse público de controle". Cunha Jr., A intervenção, p. 157, fala em "interesse objetivo relativamente à questão jurídico-constitucional em discussão".

por parte deste na solução da demanda; tampouco equipará-lo com a atípica intervenção prevista pelo art. 5.º da Lei 9.469/1997, fundada em mero interesse econômico. O interesse institucional que motiva a intervenção do *amicus curiae* não se confunde com interesse próprio, de natureza jurídica ou econômica, daí serem inconfundíveis as diferentes formas de intervenções ora analisadas.

No tratamento específico do terceiro ora tratado, existe corrente doutrinária que entende serem inconfundíveis a figura do *amicus curiae* e as hipóteses de intervenções de terceiro, devendo ser o primeiro considerado um mero auxiliar do juízo, em figura muito mais próxima do perito do que de um terceiro interveniente[88]. Para outros, apesar das especificidades, trata-se de um terceiro interveniente atípico, admitido no processo como parte não para defender interesse próprio ou alheio, mas para contribuir com a qualidade da prestação jurisdicional[89].

Conforme já afirmado, tudo dependerá da elasticidade que se pretenda atribuir ao termo "atípico", mas em meu entendimento a existência do interesse institucional que justifica a participação do *amicus curiae* o diferencia de forma substancial do mero auxiliar do juiz, tal qual o perito, o intérprete ou o tradutor. Ainda que substancialmente diferente dos terceiros intervenientes tradicionais, prefiro o entendimento de que a intervenção ora analisada é uma espécie diferenciada de intervenção de terceiro, tendo como principal consequência a atribuição da natureza jurídica de parte após sua admissão no processo.

11.9.3. Requisitos

São três condições alternativas para justificar o ingresso de terceiro como *amicus curiae* no processo: a relevância da matéria, as especificidades do tema objeto da demanda e a repercussão social da controvérsia.

Existe entendimento doutrinário que afirma que todas as matérias versadas em sede de ações de controle concentrado de inconstitucionalidade são relevantes, de forma que com a mera existência da demanda judicial a matéria nela veiculada *ipso facto* passa a ser relevante também[90]. O entendimento, apesar de interessante, tornaria letra morta o dispositivo constitucional, afastando o preenchimento casuístico desse requisito no caso concreto.

Apesar de reconhecer a relevância das matérias tratadas pelas ações de controle concentrado de constitucionalidade, a fim de atribuir alguma função ao requisito legal, é preferível o entendimento de que a relevância da matéria prevista pelo dispositivo legal significa complexidade fática/jurídica que legitime

[88] Didier Jr., *Recurso de terceiro*, n. 2.2.8.2, pp. 77-78; Novelino, *Direito Constitucional*, n. 13.8, p. 272. Pela exclusão do rol de intervenções de terceiro, mesmo atípicas: Peña de Moraes, *Curso*, pp. 206-207.

[89] Nogueira, *Curso*, pp. 231-232; Cabral, "Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial", in *Revista de Processo* 117, set.-out. 2004, pp. 16-17.

[90] Scarpinella Bueno, *Amicus curiae*, p. 140.

a atuação do *amicus curiae*. Nos casos em que o relator entender que as meras alegações do autor e dos demais sujeitos processuais já são suficientes ao necessário esclarecimento das questões para um julgamento de qualidade, deverá indeferir a intervenção do *amicus curiae*.

Para parcela da doutrina, os colegitimados serão sempre admitidos como *amicus curiae*, com o que não concordo porque em meu entendimento esses sujeitos são litisconsortes ulteriores, o que parece ter sido confirmado pelo art. 12-E, § 1.º, da Lei 9.868/1999. De qualquer forma, é interessante a utilização dos critérios exigidos pelo Supremo Tribunal Federal para legitimar os sujeitos previstos pelo art. 103 da CF à propositura da ação para definir-se a representatividade dos terceiros que postulam o ingresso no processo como *amicus curiae* em referidas ações.

O *caput* do art. 138 do CPC, ao prever a possibilidade de intervenção como *amicus curiae* de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, atende a melhor doutrina, que aponta como potenciais *amicus curiae* tanto uma pessoa jurídica, tal como uma associação civil, um instituto, um órgão etc., como natural, tal como um professor de direito, cientista, médico etc.

Exige-se nesse caso a existência de representatividade adequada, ou seja, que o terceiro demonstre ter um interesse institucional na causa, não sendo suficientes interesses meramente corporativos, que digam respeito somente ao terceiro que pretende ingressar na ação. Por interesse institucional compreende-se a possibilidade concreta do terceiro em contribuir com a qualidade da decisão a ser proferida, considerando-se que o terceiro tem grande experiência na área à qual a matéria discutida pertence.

A pessoa jurídica deve ter credibilidade e tradição de atuação concernentes à matéria que se discute, enquanto da pessoa natural se espera conhecimento técnico sobre a matéria. Ainda que sejam conceitos indeterminados, dependentes de grande dose de subjetivismo, são requisitos que se mostram importantes para evitar a admissão de terceiros sem efetivas condições de contribuir com a qualidade da prestação jurisdicional.

Tratando-se o *amicus curiae* de pessoa jurídica, merece destaque o Enunciado 127 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): "A representatividade adequada exigida do *amicus curiae* não pressupõe a concordância unânime daqueles a quem representa".

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de decidir que a mera presença do sujeito em muitas ações em que se discuta o mesmo tema versado no recurso representativo não é o suficiente para justificar a intervenção da parte como *amicus curiae*.[91]

[91] *Informativo* 547/STJ: 1.ª Seção, REsp 1.371.128-RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 10.09.2014; STJ, 2.ª Seção, REsp 1.333.977/MT, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 26.02.2014, *DJe* 12.03.2014.

11.9.4. Aspectos procedimentais

Nos termos do § 1.º do art. 138 do CPC, a intervenção do *amicus curiae* não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvada a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3.º. Como sabido, a competência em razão da pessoa é absoluta, e a intervenção de terceiro pode passar a exigir aplicação de regra de competência que até então era inaplicável ao caso concreto. Segundo a regra elogiada, a intervenção do *amicus curiae* não modifica a competência, de forma que, por exemplo, ingressando no processo em trâmite perante a Justiça Estadual uma fundação federal como *amicus curiae*, o processo não será remetido à Justiça Federal.

Não concordo com a exclusão do *amicus curiae* do rol de legitimados recursais, porque, sendo terceiro interveniente atípico, ao ingressar no processo participa como parte, e como tal tem legitimidade para recorrer. O § 1.º do art. 138 do CPC, entretanto, consagra o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que o *amicus curiae* não tem legitimidade recursal, mas há duas exceções consagradas em lei: (a) cabimento de embargos de declaração, previsto no próprio § 1.º, e (b) cabimento de recurso contra a decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no § 3.º.

Os poderes do *amicus curiae* ainda geram muita polêmica, em especial quanto à sustentação oral, já que a questão da legitimidade recursal está resolvida por imposição legal. As polêmicas não foram enfrentadas diretamente pelo Código de Processo Civil de 2015, que se limitou a prever no art. 138, § 2.º, que caberá ao juiz ou relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*. Significa que compete ao juiz ou relator que deferir o pedido indicar desde já os poderes do *amicus curiae*, de forma a evitar discussões posteriores no processo. E essa decisão, que pode tolher significativamente tais poderes, será definitiva. O *amicus curiae* dela não pode recorrer por vedação legal expressa, e as partes, embora tenham legitimidade para tanto, não terão interesse recursal.

Tradicionalmente, admitem-se a manifestação escrita e a sustentação oral pelo *amicus curiae*.

Ainda que a redação do art. 138, *caput*, do CPC seja mais completa e de melhor qualidade que a redação do art. 7.º, § 2.º, da Lei 9.868/1999, aparentemente herdou alguns vícios, como prever a irrecorribilidade da *decisão* (melhor do que a indevida expressão *despacho*) que admitir o *amicus curiae* e da que determinar de ofício sua integração ao processo.

E a decisão que indeferir o pedido de ingresso, será recorrível? Na vigência do CPC/1973, o Supremo Tribunal Federal vinha respondendo afirmativamente a essa pergunta, admitindo a interposição de agravo regimental contra decisão do relator de inadmissão de terceiro como *amicus curiae*[92].

[92] Informativo 772/STF, Plenário, ADI 5022 AgR/RO, rel. Min. Celso de Mello, j. 18.12.2014.

Acredito que a vedação do art. 138, *caput*, do CPC excepciona parcialmente o amplo cabimento do agravo interno contra decisão monocrática previsto no art. 1.021, *caput*, do CPC. Dessa forma, da decisão do relator que admitir ou convocar de ofício terceiro para participar do processo como *amicus curiae* não caberá agravo interno. Sendo a decisão de indeferimento do pedido de intervenção, não resta dúvida a respeito da aplicabilidade do art. 1.021 do CPC.

Sendo a questão do ingresso do *amicus curiae* resolvida no primeiro grau de jurisdição, a decisão que deferir pedido de ingresso e que determiná-lo de ofício é irrecorrível, nos termos do art. 138, *caput*, do CPC. Já a decisão que indefere o pedido parece ser recorrível por agravo de instrumento, já que no art. 1.015, IX, do CPC há expressa previsão de recorribilidade por meio de agravo de instrumento da decisão que versa sobre a admissão ou inadmissão de intervenção de terceiro. Ainda que contrariando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que entende ser o *amicus curiae* um mero colaborador eventual do juízo, essa forma de intervenção está prevista no capítulo das intervenções de terceiro e será possível uma interpretação de aplicação do inciso IX do art. 1.015 do CPC à decisão que indefere o pedido de intervenção do *amicus curiae*[93].

Pessoalmente, duvido que tal interpretação vingue porque, se o Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento de que o *amicus curiae* não é um terceiro interveniente, dificilmente será aceita a aplicação do art. 1.015, IX, do CPC à hipótese ora analisada. Afinal, a natureza jurídica do fenômeno processual deve prevalecer ao caráter topológico de sua previsão legal.

E minha falta de esperança nos leva a uma situação dramática. Sendo a decisão recorrível, mas não sendo cabível o agravo de instrumento, deverá ser impugnada em apelação ou contrarrazões de apelação, nos termos do art. 1.009, § 1º, do CPC. Mas nesse caso fica claro que o meio recursal é ineficaz para reverter a sucumbência do terceiro, porque de pouco adiantará ser admitido como *amicus curiae* somente no julgamento da apelação. Será caso, portanto, de mandado de segurança contra ato judicial.

11.10. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

11.10.1. Introdução

O Código de Processo Civil de 2015 prevê um incidente processual para a desconsideração da personalidade jurídica, finalmente regulamentando seu procedimento. Tendo seus requisitos previstos em diversas normas legais (art. 50, CC; art. 28, CDC; art. 2º, § 2º, da CLT, art. 135 do CTN, art. 4º da Lei 9.605/98; art. 18, § 3º, da Lei 9.847/99; art. 34 da Lei 12.529/2011, arts. 117, 158. 245 e

[93] Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 160.

246 da Lei 6.404/76), faltava uma previsão processual a respeito do fenômeno jurídico, devendo ser saudada tal iniciativa.

Não há qualquer dúvida a respeito da aplicabilidade desse incidente processual às ações coletivas que tenham como pedido a condenação do réu ao pagamento de quantia certa e às execuções coletivas de mesma natureza.

Nos termos do art. 795, § 4.º, do CPC, para a desconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto no Código. A norma torna o incidente obrigatório, em especial na aplicação de suas regras procedimentais, mas o art. 134, § 2.º, do CPC consagra hipótese de dispensa do incidente.

A criação legal de um incidente processual afasta dúvida doutrinária a respeito da forma processual adequada à desconsideração da personalidade jurídica e à sua natureza: trata-se de um incidente processual e não de ação autônoma[94].

A desconsideração tem natureza constitutiva, considerando-se que por meio dela tem-se a criação de uma nova situação jurídica. Sempre houve intenso debate doutrinário a respeito da possibilidade da criação de uma nova situação jurídica de forma incidental no processo/fase de execução, ou se caberia ao interessado a propositura de uma ação incidental com esse propósito.

Havia corrente doutrinária que defendia – e mesmo com o texto legal pode continuar a defender[95], mas apenas num plano acadêmico – a existência de um processo de conhecimento com os pretensos responsáveis patrimoniais secundários compondo o polo passivo para se discutir os requisitos indispensáveis à desconsideração da personalidade jurídica[96].

Por outro lado, havia doutrina que afirmava que, estando presentes os pressupostos para a desconsideração da personalidade jurídica, e conseguindo o credor prová-los de forma incidental, seria desnecessário o processo autônomo, sendo esse entendimento prestigiado pelo Superior Tribunal de Justiça[97].

É compreensível que o entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça esteja fundado nos princípios da celeridade e da economia processual, até porque exigir um processo de conhecimento para se chegar à desconsideração da personalidade jurídica atrasaria de forma significativa a satisfação do direito, além de ser claramente um caminho mais complexo que um mero incidente processual na própria execução ou falência. E tais motivos certamente influenciaram o legislador a consagrar a natureza de incidente processual ao pedido de desconsideração da personalidade jurídica.

Reconhecendo que o incidente criado se limita a tratar do procedimento para a desconsideração da personalidade jurídica, o § 1.º do art. 133 do CPC

[94] Medina, *Novo*, p. 237.

[95] Entendendo tratar-se de ação incidental, Camargo, *Comentários*, p. 235.

[96] Dinamarco, *Desconsideração*, p. 1.194.

[97] STJ, 4.ª Turma, REsp 1.096.604/DF, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 02.08.2012, *DJe* 16.10.2012.

prevê que a desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos estabelecidos em lei. A opção do legislador deve ser saudada porque os pressupostos para a desconsideração da personalidade jurídica são tema de direito material e dessa forma não devem ser tratados pelo Código de Processo Civil.

Na desconsideração da personalidade jurídica clássica, expressamente prevista pelos arts. 50 do CC e 28 do CDC, a sociedade empresarial figura como devedora e os sócios como responsáveis patrimoniais secundários, ou seja, mesmo não sendo devedores, responderão com o seu patrimônio pela satisfação da dívida.

A jurisprudência, entretanto, valendo-se da *ratio* das normas legais referidas, as vem interpretando de forma extensiva e criando novas modalidades de desconsideração de personalidade jurídica, não previstas expressamente em lei. Há a desconsideração da personalidade jurídica entre empresas do mesmo grupo econômico[98], bem como a desconsideração da personalidade jurídica inversa[99].

Na hipótese de desconsideração da personalidade jurídica inversa, o sócio figura como devedor e a sociedade empresarial como responsável patrimonial secundária, quando se constata que o sócio transferiu seu patrimônio pessoal para a sociedade empresarial com o objetivo de frustrar a satisfação dos direitos de seus credores. O § 2.º do art. 133 do CPC não consagra legislativamente essa espécie atípica de desconsideração, limitando-se a prever que o incidente criado também a ela será aplicado.

11.10.2. Momento

Na doutrina muito se discutiu a respeito do momento adequado para a desconsideração da personalidade jurídica. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, a desconsideração pode ocorrer em qualquer fase do processo, não havendo que falar em decadência de um direito potestativo[100]. A dúvida é resolvida pelo art. 134, *caput*, do CPC, ao prever que o incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

Ao admitir expressamente a desconsideração da personalidade jurídica na execução – processo e cumprimento de sentença – o legislador deixa clara a viabilidade de se incluir no polo passivo e responsabilizar patrimonialmente os sócios mesmo que esses não façam parte do título executivo exequendo.

11.10.3. Procedimento

O art. 133, *caput*, do CPC prevê expressamente que a desconsideração da personalidade jurídica depende de pedido da parte ou do Ministério Público, com

[98] *Informativo* 513/STJ, 4.ª Turma, AgRg no REsp 1.229.579/MG, rel. Min. Raul Araújo, j. 18.12.2012.

[99] *Informativo* 440/STJ, 3.ª Turma, REsp 948.117/MS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.06.2010.

[100] STJ, REsp 1.180.191/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 05.04.2011.

o que afasta a possibilidade de o juiz instaurar o incidente ora analisado de ofício[101]. Já era nesse sentido a previsão do art. 50 do CC. A legitimidade do Ministério Público, apesar de o artigo ora mencionado sugerir ser ampla, deve ser limitada à hipótese em que participa do processo como autor, não havendo sentido em se admitir tal pedido quando funciona no processo como fiscal da ordem jurídica[102].

Como toda petição postulatória, a petição que veicula o pedido para a instauração do incidente processual de desconsideração da personalidade jurídica deve conter *fundamentação* (pressupostos legais para a desconsideração) e *pedido* (desconsideração e penhora sobre o bem dos sócios). Nesse sentido deve-se compreender o § 4.º do art. 134 do CPC, que não foi feliz em prever que no requerimento cabe à parte demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais para a desconsideração, o que pode passar a equivocada impressão de que o requerente terá que apresentar prova pré-constituída e liminarmente demonstrar o cabimento da desconsideração.

Na realidade, o requerente não deve demonstrar, mas apenas alegar o preenchimento dos requisitos legais para a desconsideração, tendo o direito à produção de prova para convencer o juízo de sua alegação, inclusive conforme expressamente previsto nos arts. 135 e 136 do CPC, ao preverem expressamente a possibilidade de instrução probatória no incidente ora analisado.

Apesar da previsão do art. 795, § 4.º, do CPC, a criação de um incidente processual não será sempre necessária, pois, nos termos do art. 134, § 2.º, do CPC, a instauração do incidente será dispensada se o pedido de desconsideração da personalidade jurídica for requerido na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica. Nesse caso, o Enunciado 248 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) indica que "incumbe ao sócio ou à pessoa jurídica, na contestação, impugnar não somente a própria desconsideração, mas também os demais pontos da causa".

A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas (art. 134, § 1.º, do CPC), não suspendendo o processo, salvo na hipótese de o pedido ser formulado na petição inicial (art. 134, § 3.º, do CPC). Trata-se de suspensão imprópria, já que o processo deve ser suspenso apenas naquilo que dependa da solução da controvérsia criada com a instauração do incidente[103].

Há controvérsia doutrinária a respeito do momento em que ocorre a instauração do incidente ora analisado: para parcela da doutrina o mero pedido da parte já é o suficiente[104], enquanto para outra somente quando o juízo admite

[101] Yarshell, *Comentários*, p. 234; Wambier-Conceição-Ribeiro-Melo, *Primeiros*, p. 252. Didier Jr., *Curso*, p. 519; Flexa-Macedo-Bastos, *Novo*, p. 126. Contra: Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 208; Tartuce, *Repercussões*, p. 77.

[102] Yarshell, *Comentários*, p. 233. Contra: Wambier-Conceição-Ribeiro-Melo, *Primeiros*, p. 252.

[103] Yarshell, *Comentários*, p. 238.

[104] Yarshell, *Comentários*, p. 239.

o pedido, considerando preenchidos os requisitos exigidos pela lei, estará instaurado o incidente[105]. Em termos de segurança jurídica, em especial para fins de configuração de fraude à execução, é mais adequado entender-se que o mero pedido da parte já seja o suficiente para a instauração do incidente, até mesmo porque, infelizmente, a decisão judicial pode demorar a ser proferida, o que deixará tempo para manobras fraudulentas do sujeito que poderá ser atingido pela desconsideração.

Ainda que não haja a instauração do incidente processual, as regras procedimentais previstas nos dispositivos ora analisados serão aplicáveis, no que couber, à desconsideração da personalidade jurídica, e nunca será exigido um processo autônomo para tal finalidade.

Ao prever que, instaurado o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, o sócio ou a pessoa jurídica será citada para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 dias, o art. 135 do CPC consagrou a exigência do contraditório tradicional para a desconsideração da personalidade jurídica, exigindo a intimação e a oportunidade de manifestação dos sócios e da sociedade antes de ser proferida a decisão. Atendeu, assim, parcela da doutrina que, mesmo sem previsão expressa, já se posicionava nesse sentido[106].

O tema não era tranquilo no Superior Tribunal de Justiça, havendo decisões decretando a nulidade de decisões de desconsideração da personalidade jurídica proferidas sem a observação do contraditório tradicional[107], enquanto outras admitiam o contraditório diferido[108].

É preciso registrar que a previsão legal que exige o contraditório tradicional não afasta peremptoriamente o contraditório diferido na desconsideração da personalidade jurídica, apenas tornando-o excepcional. Dessa forma, sendo preenchidos os requisitos típicos da tutela de urgência e do pedido de antecipação dos efeitos da desconsideração da personalidade jurídica, entendo admissível a prolação de decisão antes da intimação dos sócios e da sociedade[109]. Nesse sentido, inclusive, mencionando o poder geral de cautela do juiz, existe decisão do Superior Tribunal de Justiça[110].

Ao prever a citação do sócio ou da sociedade, o art. 135 do CPC parece distinguir a desconsideração tradicional da desconsideração inversa. Significa que o demandado no processo em que se instaura o incidente processual não será intimado a se manifestar, sendo tal direito franqueado apenas aos terceiros que poderão passar a ser responsáveis patrimoniais com a concessão do pedido. A

[105] Câmara, *O novo*, p. 98; Wambier-Conceição-Ribeiro-Melo, *Primeiros*, p. 253.

[106] Theodoro Jr., *Processo*, p. 164; Zavascki, *Processo*, p. 199.

[107] STJ, 4.ª Turma, RMS 29.697/RS, rel. Min. Raul Araújo, j. 23.04.2013, *DJe* 01.08.2013.

[108] STJ, 4.ª Turma, REsp 686.112/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 08.04.2008, *DJe* 28.04.2008.

[109] Yarshell, *Comentários*, p. 239; Camargo, *Comentários*, p. 240; Didier Jr, *Curso*, p. 521; Câmara, *Novo*, p. 105; Flexa-Macedo-Bastos, *Novo*, p. 127.

[110] STJ, 4.ª Turma, REsp 1.182.620/SP, rel. Min. Raul Araújo, j. 10.12.2013, *DJe* 04.02.2014.

utilização da conjunção "ou", e não "e", e a necessidade de "citação" corroboram a conclusão.

Considero, entretanto, que o legislador não foi bem ao excluir o demandado do contraditório, porque este também tem legitimidade e interesse no pedido de desconsideração da personalidade jurídica. Na desconsideração clássica, o Superior Tribunal de Justiça entende que a pessoa jurídica tem legitimidade para impugnar decisão interlocutória que desconsidera sua personalidade com o intuito de defender a sua regular administração e autonomia[111].

Sendo necessária a produção da prova, que poderá ser requerida por qualquer das partes envolvidas no incidente processual, todos os meios de prova em Direito serão admitidos em respeito ao princípio do contraditório. E apenas após a produção da prova o juiz decidirá o incidente por meio de decisão interlocutória, confirmando-se mais uma vez a opção do legislador pela adoção do contraditório tradicional para a desconsideração da personalidade jurídica.

11.10.4. Forma de defesa do sócio (ou da sociedade na desconsideração inversa)

O Código de Processo Civil de 2015 perdeu uma excelente oportunidade de colocar fim à polêmica a respeito da forma processual de defesa dos sócios na execução após a desconsideração da personalidade jurídica.

O sócio (ou a sociedade na desconsideração inversa) passa, a partir da desconsideração da personalidade jurídica, a ser responsável patrimonial secundário pela dívida da sociedade empresarial. Será o sócio legitimado a formar um litisconsórcio passivo ulterior, transformando-se em executado junto à sociedade empresarial, ou continuará como um terceiro no processo? A resposta a esse questionamento é resultante da definição da qualidade processual do responsável patrimonial secundário.

O responsável patrimonial secundário, com hipóteses previstas pelo art. 592 do CPC/1973 e art. 790 do CPC/2015, mesmo não sendo devedor, responde com seus bens pela satisfação da obrigação em juízo. É preciso atentar que, no tocante a algumas hipóteses de responsabilidade secundária, a questão da legitimidade passiva era totalmente superada pelo art. 568 do CPC/1973, e continua a ser pelo art. 779 do CPC/2015. A questão, entretanto, remanesce relativamente aos demais responsáveis secundários, em especial àquele indicado pelo art. 790, II, do CPC/2015.

Parte da doutrina entendia que não se devia considerar o responsável patrimonial como parte na demanda executiva, ainda que sejam os seus bens que respondam pela satisfação da obrigação, em interpretação que limita a legitimação passiva da execução aos sujeitos previstos no art. 568 do CPC/1973. Por esse

[111] *Informativo* 544/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.421.464/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.04.2014.

entendimento, não se devem confundir a *legitimidade passiva* e a *responsabilidade secundária*, uma vez que o sujeito passivo é o executado, enquanto o responsável não é executado, tão somente ficando seus bens sujeitos à execução[112]. O entendimento deve ser mantido com o CPC/2015, pois a legitimidade passiva na execução continua a ser expressamente prevista, agora pelo art. 779.

Para outra corrente doutrinária, o legislador indevidamente separou o tema da legitimidade passiva da responsabilidade patrimonial, não se podendo admitir que o sujeito que potencialmente perderá seu bem em virtude da expropriação judicial não seja considerado parte na demanda executiva[113].

Sendo o sujeito responsável por dívida que não é sua – responsabilidade patrimonial secundária –, é natural que seja considerado parte na demanda executiva, visto que será o maior interessado em apresentar defesa para evitar a expropriação de seu bem. O devedor, que também deverá estar na demanda como litisconsorte passivo, poderá não ter tanto interesse assim na apresentação da defesa, imaginando que, em razão da propriedade do bem penhorado, naquele momento o maior prejudicado será o responsável secundário, e não ele. Trata-se de *legitimação extraordinária*, porque o responsável secundário estará em juízo em nome próprio e na defesa de interesse de outrem, o devedor.

Para os responsáveis patrimoniais que não têm sua legitimidade passiva expressamente prevista em lei, como no caso dos sócios diante da desconsideração da personalidade jurídica, a *legitimação extraordinária* apresenta uma particularidade interessante, considerando-se que para esses sujeitos ela só surgirá no caso concreto quando ocorrer a efetiva constrição judicial do bem do responsável secundário. Não teria qualquer sentido a citação de todos os sócios da pessoa jurídica, se na execução não houver qualquer tipo de constrição judicial, desejada pelo exequente ou efetivamente ocorrida, de bens desses sócios. Há, portanto, uma condição para que a legitimidade extraordinária nesse caso exista: que o patrimônio do responsável secundário efetivamente responda no caso concreto pela execução, o que passa a ocorrer com a penhora de seus bens em consequência da desconsideração da personalidade jurídica.

A importância prática de definir a qualidade processual do sócio após a desconsideração da personalidade jurídica é a defesa adequada a apresentar na execução: sendo terceiro, a defesa parece ser mais adequadamente apresentada por meio de embargos de terceiro; sendo parte, a defesa será elaborada por meio de embargos à execução (ou mesmo impugnação, no caso de cumprimento de sentença).

O Superior Tribunal de Justiça adota o segundo entendimento, ao apontar a citação do sócio[114] e sua integração à relação jurídica processual executiva, bem como a inadmissão dos embargos de terceiro, indicando os embargos à execução como via adequada dos sócios diante da desconsideração da personalidade jurídica[115].

[112] Liebman, *Processo*, p. 68.

[113] Assis, *Manual*, pp. 398-399; Fux, *Curso*, p. 1.288.

[114] STJ, 4.ª Turma, REsp 1.096.604/DF, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 02.08.2012, *DJe* 16.10.2012.

Entendo que está correto o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, até porque considero que todos os responsáveis patrimoniais secundários, ao terem bem de seu patrimônio constrito em processo alheio, automaticamente passam a ter legitimidade passiva, e, uma vez sendo citados ou integrando-se voluntariamente ao processo, formarão um litisconsórcio passivo ulterior com o devedor. E que mesmo sem previsão legal nesse sentido nada mudará.

Poder-se-á afirmar que a defesa adequada são os embargos de terceiro, porque, não concordando o sócio com a desconsideração, deve alegar que não tem responsabilidade patrimonial secundária e, dessa forma, deve ser tratado como um mero terceiro no processo. O problema, entretanto, é a distância entre a qualidade real que o sócio adquire no processo ao ser citado e a qualidade que ele gostaria de ter.

Importante notar que o conceito de parte na demanda ou no processo não se confunde com o conceito de parte material, que é o sujeito que participa da relação de direito material que constitui o objeto do processo. Dessa forma, mesmo que não seja o titular dessa relação de direito material, mas participe do processo, o sujeito será considerado parte processual, independentemente da legalidade de sua presença no processo. É por isso que, mesmo sendo parte ilegítima, o sujeito é considerado parte processual pelo simples fato de participar do processo. Significa que o sócio será parte, querendo ou não, tendo ou não legitimidade para participar da execução.

Concluo afirmando que, nos embargos à execução, caberá ao sócio alegar em sede de preliminar de ilegitimidade passiva a eventual incorreção da desconsideração da personalidade jurídica, até porque, se não foi devida, não existe responsabilidade patrimonial secundária e, por consequência, o sócio é parte ilegítima. O acolhimento dessa defesa, além de excluir o sócio da execução por ilegitimidade de parte, ainda resultará na imediata liberação da constrição judicial sobre o seu bem. Além da alegação de ilegitimidade de parte, o sócio poderá alegar todas as outras defesas típicas do devedor, firme no princípio da eventualidade.

Registre-se que essa alegação de ilegitimidade vinculada à inadequação da desconsideração da personalidade jurídica é a única forma de preservar o princípio do contraditório, ainda que diferido. Como nessa forma de contraditório a informação e a reação são posteriores à decisão judicial, não será legítimo exigir da parte a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que determina a desconsideração, sob pena de preclusão. Naturalmente o sócio poderá se valer de tal recurso, conforme já exposto no item anterior, mas, se preferir, poderá aguardar os embargos à execução para se defender. Condicionar a defesa do sócio

[115] STJ, 4.ª Turma, AgRg no Ag 1.378.143/SP, rel. Min. Raul Araújo, j. 13.05.2014, *DJe* 06.06.2014.

ao agravo de instrumento seria suprimir um grau de jurisdição no exercício de seu contraditório.

11.10.5. Recorribilidade

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será resolvido por meio de uma decisão interlocutória recorrível por agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, IV, do CPC. O conteúdo da decisão para fins de recorribilidade é irrelevante, podendo ter sido o pedido acolhido, rejeitado ou mesmo decidido sem a análise do mérito em razão de alguma imperfeição formal.

Na vigência do CPC/1973, o Superior Tribunal de Justiça não conseguia encontrar um entendimento uníssono a respeito da legitimidade para recorrer da decisão interlocutória de desconsideração da personalidade jurídica, em mais uma triste demonstração da aparente despreocupação da Corte Superior com a uniformização de jurisprudência. Enquanto a 1.ª Seção entendia não haver legitimidade da sociedade, porque nesse caso estar-se-ia diante de uma legitimação extraordinária não prevista em lei[116], a 3.ª Turma admitia tal legitimidade recursal, desde que a sociedade recorresse para defender a sua regular administração e autonomia – isto é, a proteção da sua personalidade –, sem se imiscuir indevidamente na esfera de direitos dos sócios ou administradores incluídos no polo passivo por força da desconsideração[117].

Como o Código de Processo Civil de 2015 prevê que os sócios (ou a sociedade na desconsideração inversa) são terceiros intervenientes ou partes (quando o pedido de desconsideração é formulado na petição inicial), a questão da legitimidade estará superada, mas poderá ser perfeitamente transferida para outro pressuposto de admissibilidade recursal: o interesse recursal. Da causa de pedir recursal da parte que teve sua personalidade desconsiderada se concluirá pela presença ou não de tal pressuposto.

Deixando claro que a desconsideração da personalidade jurídica pode ocorrer no tribunal, o parágrafo único do art. 136 do CPC prevê o cabimento de agravo interno caso a decisão seja proferida pelo relator. Entendo que o incidente ora analisado pode ser instaurado em processo de competência originária do tribunal e também em grau recursal, diante da previsão do art. 134, *caput*, do CPC, que permite sua instauração em todas as fases do processo de conhecimento.

Questão interessante surge diante da prolação de decisão interlocutória pelo relator sobre questão incidental, ou seja, durante o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Há doutrina que entende que nesse caso a decisão será irrecorrível, por analogia à irrecorribilidade por agravo de instrumento das decisões de mesma natureza proferidas pelo juízo de primeiro grau[118]. Discordo

[116] *Informativo* 530/STJ, 1.ª Seção, REsp 1.347.627/SP, rel. Min. Ari Pargendler, j. 09.10.2013.

[117] *Informativo* 544/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.421.464/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.04.2014.

[118] Câmara, *Novo*, p. 104.

desse entendimento diante da literalidade do art. 1.021 do CPC, que não excluiu tais decisões monocráticas do relator do cabimento do agravo interno.

11.10.6. Fraude à execução

O art. 137 do CPC prevê que, sendo acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente. Como se pode notar do dispositivo legal, somente após o acolhimento do pedido de desconsideração haverá fraude à execução, em previsão que contraria o disposto no art. 792, § 3.º, do CPC, que estabelece haver fraude à execução nos casos de desconsideração da personalidade jurídica a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar.

Tratando-se de questão meramente patrimonial de interesse das partes envolvidas no processo, deve ser elogiado o Enunciado 123 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): "É desnecessária a intervenção do Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica, no incidente de desconsideração da personalidade jurídica, salvo nos casos em que deva intervir obrigatoriamente, previstos no art. 178".

12

RELAÇÃO ENTRE AÇÕES COLETIVAS

Sumário: 12.1. Introdução – 12.2. Conexão e continência: 12.2.1. Conceito e efeito; 12.2.2. Determinação do juízo prevento; 12.2.3. Prejudicialidade externa – 12.3. Litispendência e seu efeito – 12.4. Limitação territorial do art. 16 da LACP – 12.5. Indevida confusão entre continência e litispendência parcial.

12.1. INTRODUÇÃO

As partes, causa de pedir e pedido são considerados os elementos da ação e, entre outras finalidades, se prestam a identificar a ação, tarefa de extrema importância quando se pretende comparar uma ação com outra. É impossível afirmar que dois processos contêm a mesma ação, ações parecidas ou absolutamente diferentes sem o conhecimento de quais os seus elementos. Fenômenos como a coisa julgada, litispendência e perempção exigem a existência de processos idênticos (mesma ação), enquanto fenômenos como conexão, continência e prejudicialidade são relevantes em circunstâncias de ações parecidas.

Importante notar que o conceito de parte na demanda ou no processo não se confunde com o conceito de parte material, que é o sujeito que participa da relação de direito material, que constitui o objeto do processo. A distinção é importante porque na comparação entre ações deve-se considerar a parte material, e não a parte processual. Havendo processos com a mesma causa de pedir, mesmo pedido, e somente com partes processuais diferentes, sendo iguais as partes materiais, haverá uma mesma ação.

Ocorre com frequência entre o mandado de segurança e a ação ordinária, com a única mudança da autoridade coatora pela pessoa jurídica de direito público[1]. E, no tocante às ações coletivas, o Superior Tribunal de Justiça é expresso em

[1] STJ, 1ª Seção, MS 19.095/DF, rel. Min. Humberto Martins, j. 27/05/2015, DJe 02/06/2015; STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 631.139/SP, rel. Min. Sérgio Kukina, j. 03/03/2015, DJe 10/03/2015.

exigir a análise dos beneficiados pela tutela pretendida, e não da parte processual para se determinar a identidade de parte[2].

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, tem o entendimento de que, embora haja diferença apenas de parte, tanto processual como material, é possível verificar a litispendência entre os processos sempre que estes tiverem o mesmo objetivo[3]. Assim, decidiu pela litispendência entre ações propostas por licitantes diferentes, do mesmo certame, propostas contra a Municipalidade, com o objetivo de anular o resultado da licitação[4], mas estranhamente não entendeu pela litispendência entre duas ações de sequestro contra o mesmo réu propostas pela CONAB e pelo Ministério Público, afirmando que na primeira se busca tutelar o patrimônio da autora e na segunda, o patrimônio público[5].

12.2. CONEXÃO E CONTINÊNCIA

12.2.1. Conceito e efeito

As considerações feitas a respeito da conexão e continência no item 9.3 são totalmente aplicáveis ao presente Capítulo.

Assim, segundo a lei, haverá conexão entre ações coletivas quando forem comuns entre elas o pedido ou a causa de pedir, e, quanto ao segundo elemento da ação, basta uma identidade parcial dos fatos jurídicos ou dos fundamentos jurídicos. E mesmo não havendo conexão será possível a reunião das ações coletivas nos termos do art. 55, § 3º, do CPC. Da mesma forma, a reunião de ações coletivas conexas perante o juízo prevento não será obrigatória, cabendo ao órgão jurisdicional um juízo de conveniência no caso concreto.

Registre-se que para a configuração da conexão é irrelevante a espécie de ação coletiva, importando tão somente seus elementos[6]. Assim, havendo identidade de causa de pedir e/ou pedido em uma ação popular, que visa à tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, com uma ação de improbidade administrativa fundada no mesmo ato impugnado na ação popular, apesar de ser o pedido desta sempre mais amplo que daquela, em razão das sanções político-administrativas que só podem ser pedidas na ação de improbidade administrativa, haverá entre ambas as ações de conexão. O mesmo pode se dizer de uma ação popular voltada à tutela do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural e uma ação civil pública com o mesmo objetivo.

[2] STJ, 1ª Turma, REsp 1.435.624/PB, rel. Min. Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4ª Região), j. 28/04/2015, DJe 13/05/2015; STJ, 2ª Turma, REsp 1.168.391/SC, rel. Min. Eliana Calmon, j. 20.05.2010, *DJe* 31.05.2010; Wambier, Litispendência, p. 264; Mendes, Ações, 19.2, p. 260; Leonel, Pedido, p. 529.

[3] STJ, 3ª Seção, AgRg nos EDcl no MS 13.710/DF, rel. Min. Celso Limongi, j. 23.09.2009, *DJe* 06.10.2009.

[4] STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.154.853/SP, rel. Min. Humberto Martins, j. 05.05.2011, *DJe* 12.05.2011.

[5] STJ, 3ª Turma, REsp 1.220.351/ES, rel. Min. Massami Uyeda, j. 01.09.2011, *DJe* 18.11.2011.

[6] Gajardoni, Direitos, p. 93.

Parece não haver maiores questionamentos doutrinários a respeito da aplicação integral das regras da conexão, inclusive seu efeito de reunião de processos perante um mesmo juízo, previsto no art. 58 do CPC, à tutela coletiva. O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de entender cabível a reunião de ações populares conexas[7], bem como de ações civis públicas conexas[8]. Reconhecendo a possibilidade de conexão entre diferentes espécies de ações, o Superior Tribunal de Justiça admite a reunião de ação civil pública e ação popular em razão da conexão[9].

12.2.2. Determinação do juízo prevento

A prevenção é um fenômeno de extrema importância na eventualidade de existirem duas ou mais ações conexas, havendo a reunião de todas perante um mesmo juízo, para que nele seja proferida decisão sobre elas (que a doutrina entende, inclusive, poder ser feito por meio de somente uma sentença), em prol dos princípios da economia processual e da harmonização das decisões, conforme já analisado. A função da prevenção nas hipóteses de reunião por conexão é definir em qual juízo as ações serão reunidas, ou seja, determinar qual juízo irá concentrar as ações sob seu comando.

O art. 59 do CPC/2015 prevê ser o juízo prevento o do primeiro registro ou da primeira distribuição. A diversidade de regras – registro e distribuição – se justifica por não existir propriamente distribuição naqueles foros de comarca única, já que nesse caso não se escolhe entre mais de dois juízos. Significa dizer que nos foros de comarca única o processo será somente registrado, enquanto nos demais ele será registrado e posteriormente distribuído.

O dispositivo mantém uma equivocada tradição do CPC/1973, criando regra pela qual a prevenção do juízo depende de ato judicial – registro ou distribuição – quando o ideal seria definir a prevenção por ato da parte, qual seja, a propositura da ação, o que se dá por meio do protocolo da petição inicial. A crítica, entretanto, se limita à tutela individual, considerando-se que na tutela coletiva a regra para a fixação do juízo prevento não se confunde como o art. 59 do CPC/2015.

São três artigos com o mesmo conteúdo: art. 2º, parágrafo único, da Lei 7.347/1985 (Ação Civil Pública) e art. 17, § 5º, da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), com a mesma redação: "A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto"; e o art. 5º, § 3º, da Lei 4.717/1965 (Lei da Ação Popular): "A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações, que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos".

[7] STJ, REsp 685.398/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves, j. 03.04.2007, *DJ* 07.05.2007, p. 358.

[8] STJ, 1ª Seção, CC 115.532/MA, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 14.03.2011, *DJe* 09.05.2011; STJ, 1ª Seção, CC 57.558/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 12.09.2007, *DJe* 03.03.2008.

[9] STJ, 1ª Turma, REsp 936.205/PR, rel. Min. Francisco Falcão, j. 07.08.2007, *DJ* 30.08.2007, p. 239; STJ, 2ª Turma, REsp 208.680/MG, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 06.04.2004, *DJ* 31.05.2004, p. 253.

Como se nota da redação dos dispositivos legais acima transcritos, não é o registro ou a distribuição o ato processual determinante da prevenção do juízo, mas sim a mera propositura da ação. Essa diversidade de tratamento entre o Código de Processo Civil e as leis extravagantes que tratam da ação civil pública, improbidade administrativa[10] e ação popular já foi percebida pela melhor doutrina[11], sendo entendimento antigo do Superior Tribunal de Justiça[12].

O exato momento em que a ação é proposta vem descrito no art. 312 do CPC/2015, que determina que a ação será considerada proposta: (a) quando distribuída, em comarcas com mais de uma vara; e (b) quando despachada pelo juiz em comarcas em que exista apenas uma vara. O artigo tem redação técnica impecável, visto que é impossível distribuir uma demanda em um foro de vara única, mas, pelos problemas práticos que pode gerar, vem se considerando proposta a ação no dia em que a petição inicial ingressa no Poder Judiciário por meio do protocolo inicial[13], sendo essa a data a ser considerada para fins de prevenção do juízo entre ações coletivas.

12.2.3. Prejudicialidade externa

Não resta dúvida de que são possíveis tanto a conexão entre ações coletivas como sua reunião perante o juízo prevento, mas, antes mesmo de se partir para o juízo de conveniência nessa reunião, é preciso analisar a competência absoluta das ações conexas em trâmite. Tal análise é indispensável porque, mesmo se houver a conexão e for interessante no caso concreto a reunião das ações como forma de evitar a prolação de decisões contraditórias e a prática repetitiva de atos processuais, será impossível reunir ações de diferentes competências absolutas.[14]

Como corretamente asseverado pela doutrina, o sistema jurídico oferece dois instrumentos diferentes para impedir a prolação de decisões sem o mínimo de coerência e também para evitar a perda de tempo e energia com a repetição de atos processuais inutilmente: a reunião das ações e a suspensão de uma delas à espera do julgamento da outra[15]. No primeiro caso, as ações em conexão devem ter a mesma competência absoluta, enquanto no segundo as competências absolutas são diferentes.

Durante certo tempo houve dúvida acerca de como proceder na hipótese de ações coletivas conexas em trâmite na Justiça Federal e na Justiça Estadual.

[10] STJ, 2ª Turma, AgRg na MC 23.640/DF, rel. Min. Og Fernandes, j. 03/02/2015, DJe 06/02/2015.

[11] Cf. Scarpinella Bueno, *O Poder*, p. 156. No mesmo sentido, Mazzilli, *A defesa*, op. cit., pp. 221-222; Almeida, *Direito processual*, p. 347.

[12] STJ, 1ª Seção, CC 45.297/DF, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 14.09.2005, *DJ* 17.10.2005 p. 163.

[13] STJ, AgRg no REsp 500.409/PR, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 03.02.2005, *DJ* 21.03.2005, p. 220; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 252.

[14] STJ, 4ª Turma, REsp 1.221.941/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 24/02/2015, DJe 14/04/2015; STJ, 2ª Seção, CC 124.046/GO, rel. Min. Raul Araújo, j. 08/10/2014, DJe 24/10/2014; Greco, Instituições, v. II, p. 423.

[15] STJ, 4ª Turma, REsp 1.221.941/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 24/02/2015, DJe 14/04/2015; Leite, Prejudicialidade, p. 229.

Enquanto a 1.ª Seção do Superior Tribunal de Justiça entendia ser possível a reunião de ações coletivas originariamente em trâmite na Justiça Estadual e na Justiça Federal perante a segunda, aparentemente desprezando as demais regras que determinam a prevenção do juízo, a 2.ª Seção entendia pela inviabilidade de reunião em razão das diferentes competências de Justiça das duas ações coletivas. O primeiro entendimento, pela reunião perante a Justiça Federal, acabou prevalecendo e gerou a Súmula 489.

A suspensão ora analisada vem prevista pelo art. 313, V, "a", do CPC, que determina a suspensão do processo quando a sentença de mérito depender do julgamento de outra causa ou da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente.

Nos termos do art. 313, § 4º, do CPC, o prazo de suspensão do processo nunca poderá exceder um ano na hipótese ora analisada e o § 5º prevê que o juiz determinará o prosseguimento do processo assim que esgotado tal prazo. O dispositivo faz claramente uma opção pela celeridade processual em detrimento da segurança jurídica, preferindo correr o risco da prolação de decisões contraditórias do que postergar indefinidamente o andamento do processo.

Dessa forma, a suspensão seria máxima pelo prazo de 1 (um) ano, devendo o processo prejudicado retomar seu andamento mesmo sem a solução do processo prejudicial. O Superior Tribunal de Justiça tem decisões recentes adotando a interpretação literal do antigo art. 265, § 5º, do CPC/1973, atual art. 313 §§ 4º e 5º do CPC, limitando o tempo de suspensão ao tempo previsto no dispositivo legal[16].

O tema, entretanto, não está pacificado, mesmo no Superior Tribunal de Justiça, que também já se manifestou pela admissão de estender a suspensão do processo por período superior a um ano, admitindo a renovação desse prazo por um novo período de um ano de suspensão[17] ou determinando que a suspensão dure até o trânsito em julgado do processo prejudicial[18]. Parece razoável o entendimento, levando-se em conta que a reconhecida morosidade processual não é compatível com o exíguo prazo de um ano de suspensão do processo.

12.3. LITISPENDÊNCIA E SEU EFEITO

O termo "litispendência" é equívoco, podendo significar pendência da causa (que começa a existir quando de sua propositura e se encerra com a sua extinção) ou pressuposto processual negativo verificado na concomitância de

[16] STJ, AREsp. 1.485.653, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, p. 04/12/2015; STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 1.398.658/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 06.08.2015, DJe 12.08.2015; STJ, 1ª Turma, AgRg no Ag 1.318.356/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 18.11.2010, *DJe* 01.12.2010.

[17] STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 742.428/DF, rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, j. 15.12.2009, *DJe* 02.02.2010; STJ, 3ª Turma, REsp 604.435/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.12.2005, *DJe* 01.02.2006, p. 530.

[18] STJ, 5ª Turma, AgRg no Ag 1.053.555/MT, rel. Min. Felix Fischer, j. 05.03.2009, *DJe* 30.03.2009.

ações idênticas. Na presente análise interessa o segundo significado, previsto expressamente no art. 337, § 3º, do CPC, ainda que a citação seja importante para definir qual das ações será extinta.

As mesmas razões que justificam a reunião de ações conexas motivam a extinção do processo na hipótese de litispendência, não havendo qualquer vantagem em manter em trâmite duas ações idênticas. Na melhor hipótese, haverá somente ofensa à economia processual, com repetição desnecessária de atos gerando um mesmo resultado; na pior, além da ofensa à economia processual, haverá desarmonia entre julgados caso prolatadas decisões conflitantes para a mesma ação desenvolvida em dois processos distintos.

Exatamente como a continência e a conexão, a litispendência é um estado de fato, gerado pela simples constatação de existirem dois ou mais processos em trâmite com a mesma ação. E também, como ocorre com a conexão e a continência, não há qualquer impedimento lógico e/ou jurídico para que exista litispendência entre ações coletivas[19], mesmo que com diferentes autores, desde que sejam os mesmos beneficiados pela tutela pretendida.[20]

O problema, na realidade, não diz respeito à sua ocorrência, mas ao seu efeito: configurada a litispendência entre ações coletivas, deve ser mantida somente aquela na qual se deu a primeira citação válida, com a extinção terminativa das demais nos termos do art. 485, V, do CPC, como ocorre com as ações individuais?

Para uma parcela da doutrina, a litispendência só pode gerar a extinção da ação coletiva na hipótese de uma identidade integral dos três elementos da ação, ou seja, além da mesma causa de pedir e do mesmo pedido, autor e réu devem também se repetir[21]. Apesar de reconhecerem que existe litispendência ainda quando autores diferentes buscam a tutela do mesmo interesse em juízo, essa corrente doutrinária defende que nesse caso as ações coletivas devem ser reunidas, preservando-se o exercício do direito de ação e o princípio da inafastabilidade da jurisdição para os diferentes autores das ações coletivas[22].

Não é esse, entretanto, o entendimento da doutrina majoritária, que defende a extinção do processo sem resolução do mérito quando ocorrer litispendência entre ações coletivas, ainda que havendo, no caso concreto, diferentes autores[23]. De acordo com essa concepção, o direito de ação estará preservado porque o autor da ação coletiva extinta poderá ingressar como litisconsorte ulterior ou assistente litisconsorcial do autor da ação coletiva que será mantida em trâmite.

Concordo com esse entendimento, não havendo justificativa plausível para se admitir pluralidade de ações coletivas com o mesmo réu, mesma causa de pedir e mesmo pedido, ainda que propostas por autores diferentes. A solução de se

[19] Mazzilli, A defesa, pp. 249-250.
[20] STJ, 4ª Turma, REsp 1.726.147/SP, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 14/05/2019, DJe 21/05/2019.
[21] Gajardoni, Direitos I, pp. 93-94.
[22] Didier Jr.-Zaneti Jr., Curso, pp. 172-173; Vigliar, Ações coletivas, p. 133; Bastos, Curso, p. 213.
[23] Mazzilli, A defesa, p. 256; Venturi, Processo, pp. 333-334; Castro Mendes, Ações, p. 260; Leonel, Manual, p. 253.

aplicar o efeito da conexão nessa situação, reunindo as ações coletivas idênticas, despreza o fato de que a extinção por litispendência é obrigatória, enquanto a reunião das demandas por conexão, não. Pergunta-se, havendo uma ação coletiva que se encontra no momento de seu julgamento, outro legitimado ingressa com a mesma ação coletiva, será caso de reunião? E na hipótese de uma dessas ações já ter sido julgada e estar em grau recursal?

Interessante hipótese ocorre na litispendência entre diferentes espécies de ação coletiva, fenômeno já reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça[24]. Se houver em trâmite ação popular idêntica à ação civil pública, será caso de extinção de uma dessas ações? Uma resposta afirmativa a tal questionamento significará uma ofensa clara ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, considerando-se que os legitimados para ação popular não são legitimados para a ação civil pública e vice-versa, de forma que, extinta sua ação, não poderia o autor ingressar como litisconsorte ativo do autor da ação coletiva mantida em trâmite.

Entendo que nesse caso excepcional, de litispendência entre ações coletivas cujos legitimados ativos não sejam os mesmos sujeitos, é possível aplicar o efeito da reunião das ações conexas perante o juízo prevento, afastando-se o risco de decisões contraditórias e mantendo-se o direito de ação dos autores de tais ações coletivas[25]. Essa reunião, entretanto, seguirá as regras da reunião na conexão, nem sempre sendo realizada no caso concreto, tudo a depender de sua conveniência.

A circunstância de diferentes legitimados ativos também existirá no caso de ação popular e a ação de improbidade administrativa. Nesse caso, entretanto, nunca haverá litispendência plena entre elas, ainda que versem sobre o mesmo ato ilícito. Isso porque os pedidos na ação de improbidade administrativa sempre serão diferentes daqueles elaborados na ação popular. O que pode ocorrer é a litispendência parcial, devendo também nesse caso se reunirem os processos perante o juízo prevento.

12.4. LIMITAÇÃO TERRITORIAL DO ART. 16 DA LACP

Conforme amplamente analisado e criticado no item 14.4., há tentativa do art. 16 da LACP de limitar os efeitos da sentença coletiva a um determinado território, o que necessariamente afetará os limites de qualquer consequência no caso de haver ações coletivas conexas ou litispendentes. Naturalmente que, aplicando-se a limitação sugerida pelo artigo legal, a reunião de ações conexas e a eventual extinção de ações litispendentes só ocorrerão dentro dos limites territoriais fixados pelo dispositivo legal.

Conforme correto entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a extinção de uma ação coletiva em razão de litispendência, quando a ação coletiva rema-

[24] STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.505.359/PE, rel. Min. Herman Benjamin, j. 22/11/2016, DJe 30/11/2016.
[25] Wambier, Litispendência, pp. 287-295; Dinamarco, Competência, p. 514; Assagra de Almeida, Direito, pp. 418-419.

nescente não gera efeitos no território sobre o qual a que foi extinta geraria, não tem qualquer justificativa, prejudicando de forma óbvia aqueles sujeitos que seriam tutelados pela ação coletiva extinta, e não poderão se aproveitar da sentença da ação coletiva remanescente[26].

Igualmente, o mesmo tribunal já rejeitou a reunião de ações coletivas conexas com o fundamento de que os beneficiados por cada uma dessas ações seriam diferentes, justamente em virtude da limitação territorial da decisão de cada uma delas[27].

12.5. INDEVIDA CONFUSÃO ENTRE CONTINÊNCIA E LITISPENDÊNCIA PARCIAL

Noto com certa frequência uma confusão entre o fenômeno da continência, previsto pelo art. 56 do CPC, e a litispendência parcial. A distinção, diga-se de passagem, é mais importante no aspecto doutrinário que prático, mas ainda assim vale a pena esboçar uma pequena reação contra um forte movimento que confunde indevidamente os dois fenômenos processuais.

Como já analisado, a continência decorre da existência de duas ou mais ações que tenham as mesmas partes, a mesma causa de pedir, e o pedido de uma, por ser mais amplo, contém o pedido da outra. A litispendência, conforme também já analisado, apesar de ser termo equívoco, na presente análise significa pressuposto processual negativo derivado da existência de dois ou mais processos em trâmite veiculando a mesma ação.

Repetindo-se as partes e a causa de pedir, o autor na ação A pede a condenação do réu a ressarci-lo por danos materiais, e na ação B pede a condenação do réu a ressarci-lo por danos materiais e danos morais. Nesse caso, caberá ao juiz diminuir objetivamente a ação B, excluindo o pedido condenatório de danos, mera repetição de pedido já formulado no pedido B. Como se pode notar, diferente da continência, a consequência da litispendência parcial é a diminuição objetiva do processo (chamado erroneamente por alguns de "extinção parcial do processo"), e não a reunião de processo, ou eventual extinção da ação contida sendo prevento o juízo da ação continente, conforme já reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça[28].

O que fica claro no singelo exemplo é que na ação B o pedido do autor não é mais amplo que o pedido formulado na ação A, mas uma mera repetição cumulada com novo pedido. A pretensão do autor na ação B é mais ampla que na ação A, mas de forma alguma o pedido da ação B é mais amplo que o pedido

[26] STJ, 3ª Turma, AgRg nos EDcl no REsp 942.435/RS, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 07.06.2011, *DJe* 13.06.2011.

[27] STJ, 1ª Seção, CC 56.228/MG, rel. Min. Eliana Calmon, j. 14.11.2007, *DJ* 03.12.2007, p. 250.

[28] STJ, 1ª Turma, EDcl no REsp 1394617/SC, rel. Min. Ari Pargendler, j. 13.05.2014, *DJe* 20.05.2014.

da ação A, e entre eles não existe a relação conteúdo-continente indispensável à configuração da continência.

É comum a confusão, sobretudo em textos que versam sobre tutela coletiva. Exemplar da indevida confusão é trecho de ementa de julgado do Superior Tribunal de Justiça, no qual, após o tribunal definir que não existe litispendência entre os processos, afirma que "restou caracterizada a continência, cujo efeito, mesmo se tratando de litispendência parcial, não é o da extinção processual, mas a reunião dos autos para julgamento conjunto"[29]. Ou seja, trata a continência e a litispendência parcial como se fossem o mesmo fenômeno processual?!

Naquele que é um dos melhores e mais completos livros a respeito de improbidade administrativa, o autor afirma que entre uma ação popular, na qual se veiculam os pedidos de anulação do ato administrativo lesivo ao erário público, e a condenação dos réus ao ressarcimento e uma ação de improbidade administrativa, na qual se veiculam os mesmos pedidos, acrescidos do pedido de sanções previstos no art. 12 da Lei 8.429/1992, existe continência, nos termos do art. 56 do CPC[30]. Como se nota do exemplo extraído da obra mencionada, a hipótese é nitidamente de litispendência parcial, e não de continência.

Apesar de inegável a distinção entre os dois institutos, na praxe forense as consequências práticas da confusão entre eles são praticamente inexistentes. Ainda que corretamente o juiz reconheça a litispendência parcial e diminua objetivamente o processo, continuará a existir a conexão entre as ações, considerando a identidade de causa de pedir entre elas. Em razão dessa conexão – e não da continência, inexistente –, as ações serão reunidas perante o mesmo juízo, consequência idêntica da que seria gerada pela continência. Mesmo que erroneamente reunidas ações com pedidos que se repetem ("falsa continência"), sendo o mesmo juízo que as julgará, o problema de decisões conflitantes estará afastado. Tudo leva a crer, portanto, que o erro não trará maiores complicações práticas, mas essa é apenas a regra, e, ainda que excepcionalmente, problemas poderão surgir.

A reunião de demandas conexas ou em continência não é consequência obrigatória dessa identidade parcial entre as ações; como lidar com a não reunião de ações em litispendência parcial imaginando tratar-se de continência? Como lidar com a óbvia possibilidade de decisões conflitantes? E, mesmo que as ações sejam reunidas perante o juízo prevento, o que ocorrerá com a extinção de uma delas com ou sem a resolução de mérito? Sendo de mérito a solução, julgando o pedido repetido na outra ação, ocorreria uma coisa julgada parcial superveniente? Mas, nesse caso, se existe coisa julgada material parcial, enquanto as ações tramitavam, não existirá entre elas a litispendência parcial?

E o principal problema decorre da previsão contida no art. 55, § 1º, do CPC, que prevê não serem reunidas ações conexas se uma delas já tiver sido

[29] STJ, 3ª Seção, MS 11.371/DF, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 26.04.2006, *DJ* 01.06.2006, p. 145.

[30] Alves, *Improbidade*, pp. 640-641.

sentenciada. Imagine que uma ação civil pública com pedido de anulação de ato ilícito já esteja em segundo grau aguardando o julgamento de apelação. Como o autor dessa ação entende serem pequenas as chances de reversão de sua derrota em primeiro grau, ingressa com uma nova ação civil pública, com a mesma causa de pedir, contra o mesmo réu, mas agora pedindo a anulação do ato ilícito e condenação por perdas e danos. Caso o juiz confunda essa nítida litispendência parcial com continência, o que fará? Não admitirá a reunião dos processos em razão do art. 55, § 1º, do CPC, permitindo a absurda hipótese de o pedido de anulação do ato ilícito, já decidido na primeira ação civil pública, ser decidido novamente.

Por essas e por outras é sempre melhor aplicar a melhor técnica, ainda que aparentemente não existam consequências práticas da indevida confusão entre diferentes fenômenos processuais.

13

MEIOS DE IMPUGNAÇÃO

Sumário: 13.1. Recursos e sucedâneos recursais – 13.2. Cabimento: 13.2.1. Introdução; 13.2.2. Ação popular; 13.2.3. Mandado de segurança coletivo; 13.2.4. Processo coletivo especial – 13.3. Legitimidade recursal: 13.3.1. Introdução; 13.3.2. Ação popular; 13.3.3. Mandado de segurança coletivo – 13.4. Efeitos: 13.4.1. Introdução; 13.4.2. Ação civil pública; 13.4.3. Ação popular – 13.5. Desistência e renúncia – 13.6. Reexame necessário: 13.6.1. Introdução; 13.6.2. Ação popular; 13.6.3. Mandado de segurança coletivo – 13.7. Ação rescisória: 13.7.1. Introdução; 13.7.2. Processo coletivo comum; 13.7.3. Processo coletivo especial – 13.8. Pedido de suspensão de segurança.

13.1. RECURSOS E SUCEDÂNEOS RECURSAIS

O tema recursal passa obrigatoriamente pela análise dos meios de impugnação das decisões judiciais, porque os recursos são uma espécie de meios de impugnação de decisão judicial. Afirma-se corretamente que dentro do gênero "meios de impugnação das decisões judiciais" existem duas espécies de instrumentos processuais: os *recursos* e os *sucedâneos recursais*, sendo a análise comparativa entre eles realizada de forma residual, ou seja, tudo o que não for recurso será considerado um sucedâneo recursal[1].

A definição do que seja recurso, única forma possível de apontar para a natureza recursal ou de sucedâneo recursal de determinado instrumento processual de impugnação de decisões judiciais, exige a conceituação do instituto de modo que todas as formas de impugnação que não se amoldarem ao conceito serão consideradas sucedâneos recursais.

O conceito de recurso deve ser construído partindo-se de cinco características essenciais a esse meio de impugnação[2]: (a) voluntariedade; (b) expressa previsão em

[1] Nery Jr., *Teoria*, p. 75; Araken de Assis, *Introdução*, p. 17.

[2] Em sentido aproximado, Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 135, p. 233.

lei federal; (c) desenvolvimento no próprio processo no qual a decisão impugnada foi proferida; (d) manejável pelas partes, terceiros prejudicados e Ministério Público; e (e) com o objetivo de reformar, anular, integrar ou esclarecer decisão judicial.

Qualquer meio de impugnação que não seja tipificado nesse conceito de recurso apresentado será considerado um sucedâneo recursal, sendo possível dividir os sucedâneos recursais em duas espécies: internos e externos. A nomenclatura empregada nessa classificação dos sucedâneos recursais parte do pressuposto da necessidade ou não da criação de um novo processo para o sucedâneo se desenvolver: caso se desenvolva no mesmo processo em que a decisão foi proferida – a exemplo do que ocorre com o recurso –, será chamado de *sucedâneo interno*; nos casos de criação de um novo processo, será denominado de *sucedâneo externo*.

Não existe nas leis que compõem o microssistema coletivo qualquer sistema recursal específico[3], encontrando-se apenas algumas previsões esporádicas e específicas, sendo tranquilo o entendimento doutrinário de aplicação ao processo coletivo do sistema recursal criado pelo Código de Processo Civil, apenas com algumas diferenças quanto ao efeito suspensivo, analisado no item 13.4.

Registre-se, apenas, a discussão doutrinária a respeito da aplicabilidade do art. 198 do ECA ao processo coletivo que verse sobre direitos de crianças ou adolescentes. Trata-se de interessante dispositivo que inova no tocante a regras recursais: (a) isenção do recolhimento de preparo, que favorecerá a ambas as partes; (b) prazo de 10 diás para o ingresso e contrarrazões na apelação; (c) preferência no julgamento do recurso e a dispensa de revisor; (d) possibilidade de juízo de retratação diante do recurso de apelação interposto contra qualquer espécie de sentença.

Enquanto alguns defendem sua aplicação ao processo coletivo[4], outros afirmam que a aplicação é limitada aos processos individuais[5]. O Superior Tribunal de Justiça, enfrentando especificamente o prazo recursal para a apelação, entendeu que o prazo diferenciado de 10 dias previsto no art. 198, II, do ECA somente é aplicado aos procedimentos especiais regulados nos arts. 152 a 197[6], podendo se concluir pela inadmissibilidade de aplicação das regras recursais supramencionadas ao processo coletivo.

13.2. CABIMENTO

13.2.1. Introdução

Entendo que o sistema recursal previsto pelo Código de Processo Civil seja integralmente aplicável aos processos coletivos. Apesar dessa aplicação integral,

[3] Abdo, Comentários, p. 503; Scarpinella Bueno, Curso, vol. 2, t. III, p. 235.

[4] Andrade-Masson-Andrade, Interesses, 2.11.2.1, p. 212.

[5] Mazzilli, A defesa, p. 547.

[6] STJ, 1ª Turma, REsp 1.002.571/RS, rel. Min. José Delgado, j. 20.05.2008, *DJe* 23.06.2008; STJ, 2ª Turma, REsp 851.947/RS, rel. Min. Eliana Calmon, j. 06.05.2008, *DJe* 19.05.2008.

existem previsões esparsas nas leis que tratam de algumas espécies de ações coletivas que merecem uma análise individualizada.

Antes de partir para a análise de tais previsões, é necessário consignar uma importante singularidade do processo coletivo no tocante à recorribilidade das decisões interlocutórias.

No novo sistema recursal criado pelo Código de Processo Civil de 2015 é excluído o agravo retido e o cabimento do agravo de instrumento está limitado às situações previstas em lei. O art. 1.015, *caput*, do CPC/2015 admite o cabimento do recurso contra determinadas decisões interlocutórias, além das hipóteses previstas em lei, significando que o rol legal de decisões interlocutórias recorríveis por agravo de instrumento é restritivo, mas não o rol previsto no art. 1.015 do CPC/2015, considerando a possibilidade de o próprio Código de Processo Civil, bem como leis extravagantes, previrem outras decisões interlocutórias impugnáveis pelo agravo de instrumento que não estejam estabelecidas pelo dispositivo legal.

O Código de Processo Civil de 2015 prevê o cabimento do agravo de instrumento em hipóteses não consagradas no art. 1.015 do CPC/2015, o que é plenamente admissível nos termos do inciso XIII do dispositivo, que prevê o cabimento de tal recurso em outros casos expressamente referidos em lei além daqueles consagrados de forma específica no dispositivo legal.

Na aplicação do art. 1.015, XIII, do CPC/2015 deve ser destacado o art. 19, § 1º, da Lei 4.717/65. Nos termos desse dispositivo, das decisões interlocutórias proferidas na ação popular é cabível agravo de instrumento. Acredito, inclusive, que por força do microssistema coletivo a norma deva ser aplicada a todos os processos coletivos e não só à ação popular. Ou seja, todas as decisões interlocutórias proferidas em ação popular, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção coletivo, ação civil pública e ação de improbidade administrativa, são recorríveis por agravo de instrumento, pela aplicação conjunta dos arts. 1.015, XIII, do CPC/2015 e do 19 da Lei 4.717/65 inspirada pelo microssistema coletivo.

As decisões interlocutórias que não puderem ser impugnadas pelo recurso de agravo de instrumento não se tornam irrecorríveis, o que representaria nítida ofensa ao devido processo legal. Essas decisões não precluem imediatamente, devendo ser impugnadas em preliminar de apelação ou nas contrarrazões desse recurso, nos termos do art. 1.009, § 1º, do CPC/2015.

13.2.2. Ação popular

A Lei 4.717/1965 prevê, em seu art. 19, somente o cabimento de dois recursos: a apelação e o agravo de instrumento. Entretanto, em razão do art. 22 da mesma lei, que determina a aplicação subsidiária das regras procedimentais constantes do Código de Processo Civil, é indubitável que outros recursos também são cabíveis na ação popular. Na realidade, cumprindo o requisito de cabimento exigido pelo Código de Processo Civil, será cabível qualquer recurso, que poderá

inclusive ser interposto de forma adesiva, desde que respeitados os limites do art. 997 do CPC/2015.

Conforme já afirmado, em razão da regra estabelecida no art. 19, § 1º, da Lei 4.717/1965, na ação popular toda decisão interlocutória é recorrível por agravo de instrumento, sendo que tal previsão não contraria o Código de Processo Civil, adequando-se ao previsto no inciso XIII do art. 1.015 deste diploma legal.

13.2.3. Mandado de segurança coletivo

O art. 10, § 1º, da Lei 12.016/2009 dispõe sobre a recorribilidade da decisão que indefere a petição inicial. Tratando-se de mandado de segurança de competência de primeiro grau, o dispositivo prevê o cabimento da apelação contra a decisão que indeferir a petição inicial do mandado de segurança. O dispositivo deve ser aplicado na hipótese de indeferimento total da petição inicial, porque, havendo o indeferimento apenas parcial, caberá o recurso de agravo de instrumento, já que a doutrina majoritária entende que esse pronunciamento judicial é uma *decisão interlocutória* recorrível por agravo de instrumento, mesmo que tenha a decisão matéria de mérito como objeto[7], o que se torna indiscutível diante do previsto no art. 356, § 5º, do CPC. A recorribilidade por tal espécie de recurso é garantida pelo art. 1.015, II, do CPC, e, sendo terminativa, pelo art. 354, parágrafo único, do mesmo diploma legal.

No tocante à decisão de indeferimento da petição inicial passível de apelação, não tenho qualquer dúvida a respeito da aplicabilidade do art. 331 do CPC, sendo admissível que o juiz no prazo – impróprio – de 5 dias se retrate de sua sentença diante da apelação interposta pelo impetrante[8]. Havendo a retratação, o procedimento retomará seu andamento regular com a notificação da autoridade coatora e a intimação da pessoa jurídica de direito público, e, sendo mantida a sentença, o réu será citado para responder ao recurso, sendo então os autos encaminhados para o tribunal para julgamento, até porque, com o Código de Processo Civil de 2015, o juízo de primeiro grau não tem mais competência para fazer juízo de admissibilidade da apelação.

Na hipótese de decisão proferida em mandado de segurança de competência originária do tribunal, o recurso cabível dependerá de a decisão monocrática ser do relator ou colegiada. Segundo o art. 10, § 1º, da Lei 12.016/2009, se a decisão for monocrática, caberá o recurso de agravo interno, que seguirá as regras procedimentais previstas no art. 1.021 do CPC, que também consagra em seu *caput* o cabimento de tal recurso para a hipótese ora analisada; se colegiada, caberá no máximo recurso ordinário constitucional. Interessante notar que o art. 10, § 1º,

[7] Dinamarco, *Instituições*, n. 1.014, p. 391; Theodoro Jr., *Curso*, n. 357, p. 405; STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp. 920.389/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 17.05.2007.

[8] Medina-Araújo, *Mandado*, p. 146.

da Lei 12.016/2009 tratou apenas da primeira situação – decisão monocrática do relator –, provavelmente pela obviedade da segunda solução.

O art. 14, *caput*, da Lei 12.016/2009 é cópia do art. 12, *caput*, da Lei 1.533/1951, com pequena alteração redacional. O dispositivo legal é daqueles totalmente dispensáveis, considerando-se que bastaria a aplicação do art. 1.009, *caput*, do CPC para se chegar à conclusão de que da sentença que julga o mandado de segurança – definitiva ou terminativa – cabe o recurso de apelação.

O art. 18 da Lei 12.016/2009 padece do mesmo vício, sendo outro daqueles dispositivos dispensáveis dessa lei. O artigo legal prevê a recorribilidade das decisões proferidas em mandado de segurança de competência originária dos tribunais: recurso especial, recurso extraordinário e recurso ordinário constitucional. O dispositivo nem ao menos indica quais seriam as hipóteses de cabimento de tais recursos, deixando tal missão com os arts. 102, II, *a*, III, e 105, II, *b*, III, da CF e art. 1.027 do CPC. Ainda que inútil, o dispositivo legal, ao pretender prever os recursos cabíveis no mandado de segurança de competência originária dos tribunais, indevidamente se esqueceu de mencionar os embargos de declaração.

Ainda que exista debate doutrinário a respeito da natureza recursal dos embargos de declaração[9], diante do atual sistema legislativo parece inevitável admitir que tal meio de impugnação é um recurso e, como tal, deveria ter sido previsto no art. 18 da Lei 12.016/2009. A omissão legislativa, entretanto, não afasta o cabimento dos embargos de declaração contra qualquer decisão proferida em sede de mandado de segurança.

O art. 25 da Lei 12.016/2009 prevê não ser cabível no mandado de segurança o recurso de embargos infringentes, tendo o dispositivo perdido o sentido com o advento do Código de Processo Civil de 2015, que não prevê mais tal espécie recursal. Questão interessante é aplicabilidade da regra de julgamento prevista pelo art. 942 do CPC/2015 ao mandado de segurança, já que parcela significativa da doutrina entende tratar-se de técnica de julgamento substitutiva do recurso de embargos infringentes. Ao se partir de tal premissa, é possível se imaginar os tribunais adaptando o art. 25 da Lei 12.016/2009 para afastar do mandado de segurança a aplicação do art. 942 do CPC/2015, solução, entretanto, que não deve ser prestigiada.

13.2.4. Processo coletivo especial

Segundo o art. 26 da Lei 9.868/1999, a decisão que declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos de declaração. Naturalmente, a declaração mencionada no dispositivo legal diz respeito ao mérito da ação, de forma que a interpretação literal da norma legal ora analisada permite a conclusão de que o acórdão que resolve o mérito da ação direta de constitucionalidade (art. 487, I, do CPC) é

[9] Neves, *Manual*, n. 27.1, p. 627.

irrecorrível. Ocorre, porém, que nem toda ação é resolvida em seu mérito, sendo admissível a existência de um acórdão que julgue extinta a ação direta de inconstitucionalidade sem a resolução do mérito (art. 485 do CPC). Entendo que, nesse caso, ainda que essa não seja a interpretação literal do dispositivo legal, o acórdão também será irrecorrível.

Na realidade, em vez da expressa menção à decisão que resolve o mérito, o art. 26 da Lei 9.868/1999 teria sido mais bem formulado se tivesse simplesmente previsto o acórdão que decide a ação. Pouco importa se o acórdão resolve ou não o mérito, bastando que seja uma decisão colegiada do Tribunal Pleno para que se torne irrecorrível. As decisões monocráticas proferidas pelo relator e pelo presidente, com poder delegado do órgão colegiado, são recorríveis por agravo interno, aplicando-se também nesse caso entendimento consagrado pelos tribunais superiores de que, interpostos embargos de declaração contra a decisão monocrática, o recurso será recebido como agravo interno, em aplicação do princípio da fungibilidade e com o propósito de obter celeridade processual[10].

Entendo que a recorribilidade depende fundamentalmente de a decisão ser monocrática ou colegiada, recorrível no primeiro caso e irrecorrível no segundo. Interessante notar que, sendo a decisão monocrática, necessariamente ela tratará de questão incidental, sendo inadmissível um julgamento da ação direta de inconstitucionalidade que não seja pelo órgão colegiado, respeitandose o *quorum* exigido pelo art. 23 da Lei 9.868/1999, o mesmo se pode dizer da decisão concessiva ou denegatória da medida liminar.

Tratando-se de decisão colegiada e sendo cabível, pela literalidade da lei, somente o recurso de embargos de declaração, é imprescindível que se compreenda com exatidão a função desse recurso. Segundo previsão do art. 1.022 do CPC, é cabível o recurso de embargos de declaração de decisão omissa, contraditória, obscura, ou que contenha erro material, sendo correto o entendimento de que a função dos embargos de declaração não é modificar substancialmente o conteúdo das decisões impugnadas, com reversão da sucumbência suportada pelo embargante[11].

É correta a afirmação de que, nas hipóteses de saneamento do vício da contradição, ao escolher entre duas proposições inconciliáveis, o resultado dos embargos modifica a decisão. O mesmo ocorre, e de forma ainda mais evidente, com o saneamento da omissão, porque, nesse caso, o órgão jurisdicional necessariamente decidirá mais do que foi decidido, o que inegavelmente modificará a decisão impugnada. Ainda assim, parece não ser incorreto afirmar que tais mudanças são em regra meramente formais, melhorando a qualidade da decisão, de modo a deixá-la mais compreensível e completa, sem, entretanto, modificar substancialmente o seu conteúdo.

[10] STF, Tribunal Pleno, SS-AgRg-EDcl 3.039/SP, rel. Min. Ellen Gracie, j. 11.10.2007, *DJ* 14.11.2007; STJ, EDcl no EREsp 288.118/DF, Corte Especial, rel. Francisco Peçanha Martins, j. 17.11.2004, *DJ* 17.12.2004.

[11] Bermudes, *Efeito*, pp. 70-71.

Pode-se concluir, portanto, que a função típica dos embargos de declaração é melhorar formalmente a decisão impugnada, sem alterações substanciais quanto ao seu conteúdo. Ocorre, entretanto, que, por vezes, os embargos de declaração extrapolam essa função, gerando a reforma ou a anulação da decisão impugnada. Nesses casos, os embargos de declaração assumem uma função distinta daquela para a qual foram originariamente programados, sendo correto apontá-los como embargos de declaração atípicos, situação em que, nos termos do art. 1.023, § 2º, do CPC, se passa a exigir o contraditório, com a intimação do embargado para apresentação de contrarrazões no prazo de 5 dias[12].

Existindo previsão expressa da lei pela irrecorribilidade do acórdão proferido na ação direta de inconstitucionalidade, parece ser o mais adequado permitir, ainda que em situações excepcionais, a atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração. Ainda que não se esperem de acórdãos do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal soluções teratológicas ou contaminadas por sério vício formal, não se deve descartar a possibilidade de tal ocorrência, sendo, nesse caso, melhor admitir a alteração do conteúdo da decisão por meio de embargos de declaração do que consolidar uma decisão absurda[13]. Não parece, entretanto, ser esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que já decidiu pela inadmissão dos embargos de declaração com efeitos infringentes contra acórdão de ação direta de inconstitucionalidade[14].

13.3. LEGITIMIDADE RECURSAL

13.3.1. Introdução

Segundo o art. 996 do CPC, o recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público. O dispositivo legal é criticável porque confunde indevidamente o requisito da legitimidade recursal com o interesse recursal, desprezando o fato de que a legitimidade é fixada sempre em abstrato, não tendo relevância o conteúdo da decisão no caso concreto. Dessa forma, não é correto afirmar, como faz o dispositivo legal, que somente a parte vencida tem legitimidade para recorrer, porque, para se descobrir se a parte é vencida ou vencedora, é indispensável analisar o conteúdo da decisão proferida no caso concreto, o que diz respeito ao interesse de recorrer, e não à legitimidade recursal. A mesma crítica pode ser feita relativamente ao terceiro prejudicado, embora essa nomenclatura esteja consolidada na lei e na doutrina pátria.

Ignorando-se esse vício contido no art. 996 do CPC, o dispositivo se presta a indicar as três espécies de sujeitos que têm legitimidade recursal, sendo plenamente

[12] Barbosa Moreira, *Comentários*, nota 26, p. 553; Didier Jr.-Cunha, *Curso*, v. 3, p. 149.

[13] Nery Jr., Recursos na ação direta de inconstitucionalidade, *Aspectos*, pp. 507-508; Didier Jr., *Recurso*, 2.2.8.3, p. 81.

[14] STF, Tribunal Pleno, ADIn 2.713, rel. Min. Ellen Gracie, j. 05.02.2004, *DJ* 07.05.2004, p. 7.

aplicável ao processo coletivo. São poucas as normas que versam sobre o tema nas leis que compõem o microssistema coletivo, que serão analisadas a seguir.

13.3.2. Ação popular

O art. 19, § 2º, da LAP traz interessante regra no tocante à legitimidade recursal. Não resta dúvida de que todos os sujeitos processuais parciais, ou seja, autor e réus, têm legitimidade recursal, dependendo do caso concreto a existência de interesse de agir. O Ministério Público, que obrigatoriamente funcionará como fiscal da ordem jurídica na ação popular, tem legitimidade recursal tanto pelo artigo ora comentado como pelo art. 996, *caput*, do CPC. Caso tenha assumido o polo ativo da ação, nos termos do art. 9º da LAP, terá legitimidade recursal como parte na demanda.

A legitimidade recursal do Ministério Público, portanto, não é grande novidade. O mais interessante é a previsão permitir que qualquer cidadão, mesmo aqueles que não fizeram parte do processo, tenha legitimidade para recorrer da sentença terminativa ou de improcedência do pedido. A previsão é interessante, porque não seria possível chegar a tal conclusão pela mera aplicação do art. 996 do CPC, que, apesar de indevidamente confundir legitimidade com interesse recursal[15], é claro o suficiente ao indicar três categoriais de legitimados: (a) partes; (b) terceiro prejudicado; (c) Ministério Público.

O cidadão que não compõe o polo ativo da ação no momento da prolação da sentença não pode ser considerado parte, tampouco será, logicamente, Ministério Público. Significa que, à luz do art. 996 do CPC, sua legitimidade recursal só poderia ser compreendida pela ótica do terceiro prejudicado. Ocorre, porém, que a melhor interpretação do art. 996, parágrafo único, do CPC, é a que determina que o terceiro prejudicado – sujeito que não faz parte do processo no momento da prolação da decisão – deve ter um interesse jurídico que justifique sua intervenção no processo por meio do recurso[16], consubstanciado na possibilidade de relação jurídica da qual é titular ser afetada pela decisão recorrida, gerando-lhe um prejuízo.

Diante desse conceito de terceiro prejudicado, dificilmente a legitimidade do cidadão-terceiro poderá ser explicada nos termos do art. 996, parágrafo único, do CPC, considerando-se que o direito material tutelado na ação popular não é do cidadão, mas difuso, pertencente à coletividade. Portanto, a expressa previsão de que o cidadão tem legitimidade para recorrer, mesmo sendo um terceiro no momento de prolação da sentença, deve ser bem-vinda. E ampliada, porque a legitimidade não deve ser exclusiva para a apelação, sendo aplicável a todos os recursos.

Entendo, inclusive, que, em razão do microssistema coletivo, a regra constante da Lei de Ação Popular deve ser aplicada em todas as espécies de ação coletiva,

[15] Neves, *Manual*, n. 22.2.2, p. 573.

[16] Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 164, p. 295; Araken de Assis, *Manual*, n. 19.2.3, p. 149.

de modo que todos os legitimados ativos que participaram do processo como autor tenham legitimidade recursal.

13.3.3. Mandado de segurança coletivo

O art. 14, § 2º, da Lei 12.016/2009 indica expressamente a legitimidade recursal da autoridade coatora, com redação esclarecedora a respeito de sua qualidade processual. Ao prever que o direito de recorrer "estende-se" à autoridade coatora, o dispositivo legal corrobora a conclusão de que esse sujeito não é o réu do mandado de segurança. Significa que a legitimidade recursal da parte, que dispensa qualquer expressa previsão legal porque é a legitimação recursal padrão, é da pessoa jurídica de direito público, o que inclusive vinha sendo reconhecido com tranquilidade pelo Superior Tribunal de Justiça[17].

Mesmo quando não existia previsão expressa atribuindo legitimidade recursal à autoridade coatora, a melhor doutrina entendia que esse sujeito poderia recorrer como terceiro prejudicado, nos termos do art. 996, § 1º, do CPC[18]. Esse era o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, afirmando que a autoridade coatora teria legitimidade recursal como assistente litisconsorcial ou como terceiro, apenas a fim de prevenir sua responsabilidade pessoal por eventual dano decorrente do ato coator[19], ainda que existam antigas decisões não admitindo a legitimidade recursal nesse caso[20].

O que deve ser atualmente discutido é se a previsão expressa de legitimidade recursal da autoridade coatora continua a exigir a comprovação de um interesse jurídico, ou seja, se continuará a ter legitimidade como terceiro prejudicado, conforme entendimento jurisprudencial anterior. A questão não é de fácil resposta, porque sempre se poderá afirmar que a indicação expressa de legitimidade recursal não afasta a qualidade de terceiro da autoridade coatora, e, como tal, só pode recorrer como terceiro prejudicado. Particularmente, tenho visão contrária a essa, pois, se assim o fosse, a expressa previsão legal seria totalmente desnecessária, bastando a aplicação do art. 996, § 1º, do CPC para se chegar à legitimidade da autoridade coatora como terceiro prejudicado. Entendo que a previsão contida no art. 14, § 2º, da Lei 12.016/2009 cria uma legitimação extraordinária à autoridade coatora, que passa a recorrer em nome próprio na defesa da pessoa jurídica de direito público, o que naturalmente a dispensa de provar a existência de um interesse jurídico seu na solução do processo.

[17] STJ, 1ª Turma, AgRg nos EDcl no REsp 1.245.830/AM, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 28/05/2013, DJe 11/06/2013; STJ, 2ª Turma, AgRg no AgRg no AREsp 105.969/BA, rel. Min. Herman Benjamin, j. 21/08/2012, DJe 27/08/2012.

[18] Didier Jr., *Recurso*, n. 2.4.4.5, pp. 133-134.

[19] Corte Especial, EREsp 180.613/SE, rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.11.2004, *DJ* 17.12.2004, p. 388.

[20] STJ, 6ª Turma, RMS 12.721/AL, rel. Min. Paulo Medina, j. 31/05/2005, DJ 01/08/2005, p. 552.

13.4. EFEITOS

13.4.1. Introdução

São variados os efeitos recursais, não parecendo existir qualquer singularidade referente à maioria deles quando gerados no processo coletivo. Assim, os efeitos obstativo, translativo (que para alguns é mera profundidade do efeito devolutivo), expansivo, substitutivo, regressivo e diferido não apresentam qualquer peculiaridade no tocante ao processo coletivo, sendo, portanto, desnecessária sua análise.

As questões mais interessantes surgem quanto ao efeito suspensivo. Não que tal efeito, quando gerado no processo coletivo, é diferente de quando gerado no processo individual, mas a presença ou não dele em determinados recursos gera importante diferença entre o processo coletivo e individual.

13.4.2. Ação civil pública

Nos termos do art. 14 da Lei 7.347/1985, o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos para evitar dano irreparável à parte. A mesma regra é repetida no art. 215 do ECA e art. 85 do Estatuto do Idoso. A previsão leva a doutrina ao entendimento uníssono de que nenhum dos recursos cabíveis contra decisões proferidas em ação civil pública tem efeito suspensivo[21].

Ainda que nenhum recurso interposto no processo coletivo tenha efeito suspensivo previsto em lei, será possível a sua obtenção no caso concreto em todos eles, desde que preenchidos determinados requisitos. O efeito suspensivo previsto em lei, que de nada depende para ser gerado além da interposição do recurso, é chamado de efeito suspensivo próprio, enquanto o efeito suspensivo obtido no caso concreto, a depender do preenchimento de determinados requisitos, porque em regra o recurso não o tem, é chamado de efeito suspensivo impróprio.

Logo, existem dois critérios para a concessão do efeito suspensivo: 1º critério: *ope legis*, no qual a própria lei se encarrega da previsão de tal efeito como regra; e 2º critério: *ope iudicis*, no qual caberá ao juiz no caso concreto, desde que preenchidos os requisitos legais, a concessão do efeito suspensivo.

A distinção é interessante porque no primeiro critério – efeito suspensivo próprio – a decisão que recebe o recurso no efeito suspensivo, além de não depender de provocação da parte, tem uma natureza declaratória, com efeitos *ex tunc*, considerando-se que reafirma e prorroga a situação de ineficácia natural da decisão recorrida. Já no segundo critério – efeito suspensivo impróprio – a decisão, que depende de expresso pedido do recorrente, é a responsável pela concessão do efeito suspensivo, que somente existirá a partir dela, sendo, portanto, um pronunciamento de natureza constitutiva, com efeitos *ex nunc*.

[21] Souza, Ação, p. 134; Carvalho Filho, Ação, p. 402; Scarpinella Bueno, Curso, v. 2, t. III, p. 236; Nery-Nery, Código, p. 1.471; Mazzilli, A defesa, p. 548.

O art. 995, *caput*, do CPC prevê que, salvo quando houver disposição legal ou decisão judicial em sentido contrário, o recurso não impede a geração de efeitos da decisão impugnada, ou seja, no primeiro caso tem-se o efeito suspensivo próprio e no segundo, o impróprio. O parágrafo único prevê os requisitos para a concessão do efeito suspensivo pelo relator no caso concreto: (i) risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, gerado pela geração imediata de efeitos da decisão e (ii) ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso. Trata-se de requisitos típicos de tutela de urgência. Ainda que o dispositivo não o preveja explicitamente, o pedido expresso do recorrente continua a ser requisito para a concessão de efeito suspensivo pelo relator.

Registre-se nesse tocante o disposto no art. 1.012, § 4º, do CPC, que prevê os requisitos para a concessão de efeito suspensivo a apelação que não o tenha por previsão legal. Segundo o dispositivo legal, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

Como se pode notar da leitura do dispositivo legal, a concessão de efeito suspensivo não está exclusivamente condicionada aos requisitos da tutela de urgência, como ocorre no art. 995, parágrafo único, do CPC/2015, mas também aos requisitos da tutela de evidência, já que basta ao apelante provar a probabilidade de provimento do recurso para que o efeito suspensivo seja concedido[22].

O dispositivo capta de uma forma mais adequada a nova realidade inaugurada pelo Código de Processo Civil de 2015 quanto às diferentes espécies de tutela provisória, e bem por isso não deve ter sua aplicação limitada ao recurso de apelação. Entendo que, mesmo que haja previsão genérica de efeito suspensivo *ope iudicis* no art. 995, *caput*, do CPC/2015, o art. 1.012, § 4º, do CPC/2015 deve ser considerado norma da teoria geral dos recursos[23], o que não chegaria a ser uma novidade considerada a natureza de recurso padrão da apelação, que tem vários dispositivos aplicáveis a todas as espécies recursais.

Como o parágrafo único do art. 995 do CPC/2015 atribui ao relator o poder de conceder efeito suspensivo ao recurso, não surgem maiores complicações para recursos que, interpostos no tribunal, já têm sua distribuição feita *in continenti*, com a determinação do relator. Prevendo dificuldades na aplicação da regra aos recursos que têm procedimento binário, com interposição perante o órgão julgador (*a quo*) e o julgamento perante o órgão competente para tanto (*ad quem*), o legislador prevê regras expressas para a instrumentalização do pedido de efeito suspensivo perante o juízo *ad quem* mesmo que os autos ainda estejam no juízo *a quo*.

Para a apelação, o art. 1.012, § 3.º, do CPC prevê que o pedido de efeito suspensivo deve ser formulado por simples requerimento dirigido ao relator,

[22] Câmara, *O novo*, p. 516; Mello, *Breves*, p. 2.243. Contra: Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiras*, p. 1.446.
[23] Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 609; Medina, *Novo*, p. 1.352.

quando a apelação já tiver sido distribuída (II) ou dirigida ao tribunal no período compreendido entre a interposição e distribuição do recurso, hipótese em que será o requerimento livremente distribuído, ficando o relator que o receber prevento para o exame e julgamento da apelação (I).

Quanto aos recursos extraordinário e especial, o art. 1.029, § 5.º, também prevê que o pedido de efeito suspensivo seja formulado por meio de simples requerimento, dependendo do estágio procedimental o destinatário de tal peça: (I) ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo; (II) relator, se já distribuída o recurso; (III) ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado, nos termos do art. 1.037.

Registre-se que o dispositivo foi substancialmente alterado pela Lei 13.256, de 04.02.2016, que modificou o Código de Processo Civil de 2015 em seu período de vacância. No texto originário a competência dos tribunais superiores deriva simplesmente da interposição do recurso especial ou extraordinário, sendo o presidente ou vice-presidente do tribunal de segundo grau competente apenas no caso de recurso sobrestado em razão de julgamento repetitivo. Era uma inovação diante do entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema (Súmulas 634 e 635).

A novidade legislativa daria mais trabalho aos tribunais superiores, que teriam que decidir o pedido de efeito suspensivo em todo e qualquer recurso especial e extraordinário até sua distribuição no tribunal superior, trabalho que essencialmente vinha sendo desenvolvido em segundo grau de jurisdição na vigência do CPC/1973. Como a Lei 13.256, de 04.02.2016, foi uma lei nitidamente de interesse não só da Magistratura, mas em especial dos tribunais superiores, é fácil compreender as razões da mudança legal.

De qualquer forma, tais regras devem ser saudadas em razão da notável dificuldade prática no pedido de efeito suspensivo impróprio perante o tribunal, enquanto os autos do processo, contendo o recurso, estão no primeiro grau. A exigência tácita de ingresso de uma ação cautelar inominada, em flagrante ofensa ao sincretismo processual, para se pedir qualquer tutela de urgência nessas circunstâncias, inclusive o efeito suspensivo impróprio, desafia a lógica e os princípios da economia processual e celeridade. A previsão expressa de que não é necessário ingressar com mais uma ação, mas incidentalmente com um mero requerimento, descomplica o processo e por isso deve ser bastante elogiada. Só lamento que a lei tenha precisado dizer algo tão óbvio, que poderia já ter sido implementado apenas com alguma boa vontade dos tribunais.

13.4.3. Ação popular

A regra consagrada no art. 1.012, *caput*, do CPC, é que a apelação seja recebida no duplo efeito – suspensivo e devolutivo. Na realidade o dispositivo

só trata expressamente do efeito suspensivo, considerando-se que o efeito devolutivo está sempre em toda espécie de recurso. O art. 19, *caput*, da LAP segue a mesma regra, ao prever que a apelação será recebida no efeito suspensivo. Aparentemente, portanto, restaria indiscutível o recebimento da apelação contra sentença proferida em ação popular no duplo efeito. A tranquilidade desse entendimento, entretanto, é abalada em razão da previsão contida no art. 14 da LACP, que atribui ao juiz o poder de conferir efeito suspensivo aos recursos para evitar dano irreparável à parte, considerando que os recursos, inclusive a apelação, não têm efeito suspensivo próprio.

Registre-se que a presente discussão só terá relevância na hipótese de sentença de procedência, considerando-se que as sentenças terminativas e de improcedência não geram efeitos além da extinção do processo e declaração de inexistência do direito material alegado, respectivamente, além de eventual condenação em verbas de sucumbência em caso de má-fé do autor. Ainda que exista corrente doutrinária que defenda, nesses casos, o recebimento da apelação somente no efeito devolutivo[24], a ausência de consequências práticas relevantes torna o assunto desinteressante.

Na tentativa de permitir que a sentença, mesmo recorrida pelos réus, gere efeitos imediatos, parcela da doutrina defende a aplicação da regra consagrada no art. 14 da LACP à ação popular[25]. Por outro lado, existe corrente doutrinária que defende a aplicação do art. 19, *caput*, da LAP, com o interessante fundamento de que o ato administrativo impugnado na ação popular goza de presunção relativa de legalidade, e mesmo diante de sentença de procedência que reconheça a existência de ilegalidade é preferível manter a situação jurídica consolidada pelo ato administrativo até o julgamento da apelação[26].

Apesar de atraente, não me parece correta essa tese, porque insustentável diante da possibilidade de concessão de tutela de urgência, mediante cognição sumária e juízo de mera probabilidade, apta a modificar, ainda que provisoriamente, a situação jurídica consolidada pelo ato administrativo. Se uma decisão nessas condições já gera efeitos imediatos, como não permitir que o mesmo ocorra com a sentença, fundada em cognição exauriente e juízo de certeza?

Entendo que a existência de efeito suspensivo à apelação na ação popular passa por uma definição de premissa fundamental: a forma de encarar o microssistema coletivo. A melhor doutrina ensina que, antes de buscar a solução no Código de Processo Civil, deve-se resolver no âmbito do microssistema, entre as diversas leis extravagantes que o compõem. No caso ora analisado, entretanto, existe previsão expressa no art. 19, *caput*, da LAP, que conflita com a previsão expressa do art. 14 da LACP. Como resolver o aparente impasse? Aplica-se a

[24] Mancuso, *Ação*, p. 255.
[25] Assagra de Almeida, *Manual*, p. 389.
[26] Abelha Rodrigues, *Comentários*, p. 219.

norma específica ou aquela que melhor se amolda ao direito tutelado pelo microssistema coletivo?

Particularmente, entendo que, diante de um conflito de normas como o apresentado, cabe a aplicação daquela que se mostrar mais adequada à tutela dos direitos coletivos *lato sensu*, de forma a ser preferível a aplicação do art. 14 da LACP, retirando-se o efeito suspensivo próprio da apelação e permitindo-se ao juiz a concessão de efeito suspensivo impróprio vinculada à verificação de grave dano com a geração imediata de efeitos da sentença impugnada. O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, entende que a regra a ser aplicada é a do art. 19 da LAP, atribuindo efeito suspensivo à apelação[27], opinião compartilhada pela doutrina majoritária[28].

13.5. DESISTÊNCIA E RENÚNCIA

A desistência do recurso e a renúncia ao direito de recorrer são consideradas fatos impeditivo – o primeiro – e extintivo – o segundo – do direito recursal. São previstos nos arts. 998 e 999 do CPC respectivamente e considerados direitos processuais autônomos, porque para seu exercício não se depende da anuência da parte contrária nem de litisconsortes.

A desistência do recurso está consagrada no art. 998 do CPC, e o recorrente poderá desistir de seu recurso – total ou parcialmente – a qualquer tempo, o que significa que o recorrente poderá abdicar de seu direito de ter seu recurso julgado. Apesar de o dispositivo legal prever "*a qualquer tempo*", existe um momento apropriado para a desistência do recurso: somente se desiste do que existe, de maneira que a desistência só pode ocorrer a partir da interposição do recurso.

O Superior Tribunal de Justiça, aplicando literalmente a expressão "a qualquer momento", entendeu que a desistência pode ocorrer até o encerramento do julgamento do recurso, admitindo-se depois de iniciado o julgamento, inclusive já tendo sido prolatado o voto do relator[29], mas nunca após o julgamento, ainda que pendente a publicação do acórdão[30].

Na vigência do CPC/1973, o Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que não era admissível a desistência de recurso escolhido para decisão no julgamento por amostragem de recursos especiais ou extraordinários repetitivos, afirmando que, ao ser escolhido o recurso, surgia um interesse público

[27] STJ, 2ª Turma, REsp 1.188.564/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 10.08.2010, *DJe* 10.09.2010.

[28] Mancuso, *Ação*, p. 255; Afonso da Silva, *Ação*, p. 245; Meirelles-Wald-Mendes, *Mandado*, p. 199; Sidou, *Habeas corpus*, p. 372; Didier Jr.-Zanetti Jr., Curso, p. 352.

[29] STJ, 3.ª Turma, REsp 890.529/RJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 01.10.2009, *DJe* 21.10.2009; STJ, 1.ª Turma, RMS 20.582/GO, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. 18.09.2007, *DJ* 18.10.2007, p. 263; Araken de Assis, *Manual*, n. 19.4.2.5, p. 171. Contra, pelo termo final no início do julgamento: Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 181, p. 332; Nery Jr., *Teoria*, n. 3.4.1.6, p. 422; Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 5, p. 67.

[30] *Informativo* 517/STJ, 2.ª Turma, AgRg no AgRg no Ag 1.392.645-RJ, rel. Min. Herman Benjamin, j. 21.02.2013.

que afastava o direito do recorrente de desistir do processo[31]. Até compreendo que o julgamento nesse caso passa a interessar juridicamente às partes dos recursos sobrestados, podendo-se falar em eficácia *ultra partes* do julgamento do recurso paradigma que retira sua disponibilidade clássica, mas o entendimento contraria a previsão do art. 200 do CPC/2015.

O Código de Processo Civil de 2015 deu solução diferente a tal situação, criando a curiosa hipótese da alma sem corpo.

No parágrafo único do art. 998 do CPC/2015, há novidade substancial: no julgamento de recurso extraordinário cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e nos de recursos especiais e extraordinários repetitivos, mesmo havendo a desistência do recurso, seu mérito será enfrentado pelos tribunais superiores.

Segundo se compreende do dispositivo legal, o pedido de desistência será deferido, mas a controvérsia contida no recurso será julgada normalmente pelos tribunais superiores. Trata-se de previsão curiosa, que busca preservar o direito de o recorrente desistir de seu recurso e a importância de julgar o tema nele versado, considerando-se que a decisão servirá a muitos outros recursos que tratem da mesma matéria jurídica. O objetivo é nobre, mas a que custo?

Se o pedido de desistência do recorrente for deferido, a decisão impugnada transita em julgado, e a decisão sobre a questão jurídica objeto do recurso representativo será julgada fora desse recurso, o que deixa no ar a inevitável pergunta: onde ocorrerá tal julgamento? Criar-se-á uma espécie de incidente processual no tribunal? Impossível, porque não haverá mais processo em trâmite para que exista incidente processual. O tribunal se limitará a dar sua opinião sobre o tema, já que não julgará especificamente um pedido da parte? Tal postura contraria a fundamental regra de que o Poder Judiciário não serve como órgão consultivo, exceção feita à Justiça Eleitoral.

Confirmando a impressão de que estaremos diante de uma alma sem corpo, o Enunciado 213 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) corretamente indica que o julgamento nesse caso não se aplicará ao recurso de que se desistiu.

Acredito que o melhor a fazer é interpretar o dispositivo legal ora comentado à luz do entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça, entendendo-se que a decisão pelo tribunal superior se dá justamente porque o pedido de desistência não será admitido.

Há outra hipótese em que o Superior Tribunal de Justiça não admite a desistência do recurso, hipótese não tratada expressamente pelo Código de Processo Civil de 2015: pedido de desistência elaborado na iminência do julgamento do recurso com o fundamento de que há um interesse social em tal julgamento. Afirma-se que, pelo tema interessar a um número significativo de pessoas, é importante o tribunal seguir no julgamento para que sua opinião sobre o tema seja

[31] *Informativo* 381/STJ, Corte Especial, QO no REsp 1.063.343-RS, Rel. Nancy Andrighi, j. 15.12.2008.

conhecida por todos, não obstante o pedido de desistência do recurso elaborado pelo recorrente[32]. Nada mais inadequado e equivocado, o que, além de contrariar texto expresso de lei, despreza a eficácia *inter partes* das decisões judiciais[33].

Aduz o art. 998, *caput*, do CPC/2015 que a desistência não depende de anuência dos litisconsortes, inclusive na hipótese de *litisconsórcio unitário*, no qual o recurso poderia beneficiar o litisconsorte que não recorreu[34]. Apesar da possibilidade de geração de benefício por meio indireto, o recurso continua sendo do litisconsorte que recorreu, que a qualquer momento antes de iniciado o julgamento poderá desistir de seu julgamento. É natural que, havendo recurso de outro litisconsorte unitário, o provimento desse recurso favorecerá ao litisconsorte que desistiu de seu recurso[35]. O mesmo dispositivo afirma que a desistência não depende de anuência da parte contrária, inclusive quando esse tiver interposto *recurso adesivo*, que perderá seu objeto (art. 997, § 2º, III, do CPC/2015)[36].

Doutrina autorizada entende que a desistência gera a *inexistência jurídica* do recurso interposto, sendo irrelevante indagar se ele era ou não admissível. Adoto a tese, fazendo uma importante observação: se o recurso é juridicamente inexistente, não pode gerar efeitos, inclusive a *preclusão consumativa*, de forma que, interposto recurso viciado, poderá a parte desistir desse recurso e, ainda dentro do prazo, ingressar com outro recurso, agora formalmente regular. Considerando-se efetivamente inexistente o primeiro recurso, nenhum impedimento poderá ser oposto à interposição tempestiva do segundo.

A decisão que reconhece o pedido de desistência tem natureza *declaratória*, gerando efeitos *ex tunc*, ou seja, a partir do momento em que a desistência é informada no processo o recurso passa a não mais existir[37]. Caso o tribunal, sem ter acesso a essa informação, julgue o recurso que já foi objeto de desistência pelo recorrente, terá praticado ato juridicamente inexistente, considerando-se que o recurso já não mais existia[38].

Já a renúncia ao direito recursal encontra-se prevista no art. 999 do CPC, possibilitando à parte recorrente renunciar ao recurso, independentemente de concordância da parte contrária. A renúncia diz respeito ao direito de recorrer, de modo que só pode ser realizada antes da interposição do recurso, porque depois disso já estará consumado o direito recursal, não havendo mais sobre o que renunciar.

A declaração unilateral do recorrente renunciando ao direito de recorrer, que pode ser feita por escrito ou oralmente na audiência na qual a decisão

[32] *Informativo* 497/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.308.830-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 08.05.2012.
[33] Disponível em: <http://www.facebook.com/browse/admined_pages/?id=1563397492#!/DanielNevesCPC>.
[34] Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 183, p. 339; Luiz Fux, *Curso*, p. 948. Contra: Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 518.
[35] Araken de Assis, *Manual*, n. 19.4.2.6, p. 172; STJ, 1.ª Turma, REsp 573.312/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 21.06.2005.
[36] Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 181, pp. 332-333.
[37] Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 182, pp. 334-335.
[38] STJ, 6.ª Turma, AgRg no RHC 5.587/RJ, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 03.12.1996.

impugnável é prolatada, constitui *renúncia expressa*. Quando a parte simplesmente deixa de recorrer dentro do prazo recursal, há *renúncia tácita* do direito de recorrer[39].

A renúncia pode ser total ou parcial. Pode a parte recorrente limitar a sua renúncia ao direito recursal de forma principal, mantendo o direito de recorrer adesivamente, sendo essa a forma mais evidente de mostrar à parte contrária que se deseja o trânsito em julgado, mas, na hipótese de a parte contrária ingressar com recurso, provavelmente haverá recurso adesivo[40]. Não havendo especificação, a renúncia atinge o direito recursal como um todo.

O dispositivo legal aponta para a desnecessidade de anuência da parte contrária, exatamente como ocorre com a desistência do julgamento do recurso. Apesar da omissão legal, também não depende a renúncia da concordância dos litisconsortes, independentemente de sua natureza. Renunciado o direito recursal por um litisconsorte unitário, é indiscutível que os demais mantêm seu direito recursal[41], e na hipótese de ingressarem com recurso, a renúncia poderá ser inócua, visto que o recurso provido aproveitará a todos os litisconsortes[42].

É amplamente majoritária a doutrina que entende aplicáveis ao processo coletivo tanto a desistência do recurso como a renúncia ao direito recursal, inclusive quando o recorrente – efetivo no caso da desistência e potencial no caso da renúncia – for o Ministério Público[43].

Discordo da corrente doutrinária que defende a necessidade de apreciação pelo Conselho Superior do Ministério Público quando a desistência ou renúncia recursal partir do Ministério Público[44]. Como já defendido no item 5.7, se tal apreciação nem mesmo ocorre nas hipóteses de desistência ou abandono da ação pelo Ministério Público, ainda com mais razão será inaplicável aos atos de disposição previstos no âmbito recursal.

Apesar de concordar com a doutrina majoritária na admissão da desistência e renúncia recursal, inclusive quando o ato for praticado pelo Ministério Público, entendo que se deve nesse caso aplicar por analogia a regra do art. 5º, § 3º, da LACP[45], que trata da desistência e do abandono da ação e devidamente analisado no item 5.7. Dessa forma, se houver a desistência do recurso, os demais legitimados coletivos poderão assumir a condução do recurso, bem como se existir a renúncia do direito recursal pelo autor da ação coletiva, qualquer outro legitimado poderá ingressar com o recurso, mesmo não tendo participado do processo até esse momento.

[39] Theodoro Jr., *Curso*, n. 538, p. 647; Pimentel Souza, *Introdução*, n. 3.5.2, p. 55.
[40] Araken de Assis, *Manual*, n. 19.4.1.4, p. 167; Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 186, pp. 344-345.
[41] Araken de Assis, *Manual*, n. 19.4.1.4, p. 167.
[42] Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 187, p. 345.
[43] Carvalho Filho, Ação, p. 405; Mancuso, Ação, 11.3, pp. 285-287; Leonel, Manual, 5.24.3, p. 399.
[44] Almeida, Aspectos, 9.3, p. 213.
[45] Leonel, Manual, 5.24.3, p. 399.

13.6. REEXAME NECESSÁRIO

13.6.1. Introdução

Em razão do reexame necessário (duplo grau de jurisdição obrigatório), algumas sentenças devem ser obrigatoriamente reexaminadas pelo tribunal de segundo grau, independentemente da interposição de recurso pela parte sucumbente. Registre-se desde já que, mesmo sendo interposto recurso pela parte sucumbente, continua a existir o reexame necessário, até porque o recurso pode ser parcial ou inadmissível, o que não impedirá o reexame na integralidade da sentença sujeita ao duplo grau obrigatório.

O reexame necessário não é recurso, sendo erro crasso atribuir tal natureza jurídica ao instituto ora analisado. Devem ser evitadas expressões tais como "apelação *ex officio*", "recurso de ofício" ou "recurso obrigatório". São várias as razões para tal conclusão: (a) ausência de voluntariedade: o recurso é um ônus processual, e a sua existência depende de expressa manifestação de vontade da parte, por meio de sua interposição. O reexame necessário, conforme se depreende do próprio nome, nada tem de voluntário, porque sua existência decorre de expressa manifestação da lei, sendo irrelevante a vontade das partes e mesmo do juiz, que será obrigado a ordenar a remessa dos autos ao Tribunal e, não o fazendo, proporcionará a avocação dos autos por seu presidente (art. 496, § 1º, do CPC); (b) o reexame necessário não é dialético, porque não existem razões nem contrarrazões, cabendo ao Tribunal tão somente analisar os atos praticados até a sentença. Como consequência lógica, também não haverá contraditório; (c) a previsão de um prazo de interposição é característica de todo e qualquer recurso, o que não ocorre com o reexame necessário, que deverá existir sempre que as condições assim exigirem, independentemente de eventual demora de o processo chegar ao Tribunal; (d) o reexame necessário, apesar de estar previsto em lei federal (CPC), não se encontra previsto como recurso (*princípio da taxatividade*); (e) a legitimação recursal regulada pelo art. 996 do CPC (partes, terceiro prejudicado e Ministério Público) não se aplica ao reexame necessário, instituto cuja "legitimidade" é do juízo, que determina a remessa do processo ao Tribunal.

A interpretação literal do art. 496, *caput*, do CPC/2015 leva considerável parcela doutrinária a sustentar que o reexame necessário é uma condição de eficácia da sentença[46], isto é, que a sentença não pode gerar efeitos até que seja reexaminada pelo tribunal de segundo grau. Esse entendimento deve ser levado em consideração com ressalvas, porque a sentença pode gerar efeitos, ainda que pendente de reexame necessário, conforme demonstra de forma cabal o art. 14, §§ 1º e 3º, da Lei 12.016/2009. O reexame necessário, portanto, não impede necessariamente a geração de efeitos da sentença, mas tão somente seu trânsito

[46] Fux, *Curso*, p. 929; Didier Jr.-Cunha, *Curso*, p. 481.

em julgado, sendo mais adequado afirmar que o reexame necessário é condição impeditiva da geração do trânsito em julgado.

No Código de Processo Civil o reexame necessário é previsto pelo art. 496, que disciplina suas hipóteses de cabimento e as exceções, sendo clara a intenção do legislador: a proteção da Fazenda Pública em juízo. Apesar de existir apenas uma previsão referente ao reexame necessário nas leis que compõem o microssistema coletivo, já se nota a diferença de sua função. Enquanto no processo individual o instituto se presta a proteger a Fazenda Pública, no processo coletivo ele protege o direito coletivo *lato sensu* discutido na demanda.

Apesar de ser o único dispositivo do microssistema a prever especificamente o reexame necessário de sentenças proferidas no processo coletivo, o art. 19 da LAP tem extrema relevância para todas as ações coletivas porque tanto a doutrina[47] quanto a jurisprudência[48] são tranquilas no entendimento de sua aplicabilidade, além da ação popular, alcançando todas as ações coletivas Após certa divergência no Superior Tribunal de Justiça, a 1ª Seção daquele tribunal consolidou o entendimento pela aplicação analógica da regra da ação popular à ação de improbidade administrativa[49].

13.6.2. Ação popular

O tema é versado pelo art. 19, *caput*, da LAP, que prevê o reexame necessário na hipótese de sentença que concluir pela carência ou pela improcedência do pedido, mesmo que parcial[50]. Como se pode notar, figurando a pessoa jurídica de direito público no polo passivo da ação popular, o reexame necessário específico da ação popular não serve para proteger os interesses da Fazenda Pública em juízo, mas a coletividade representada pelo autor que ingressou com a ação. As espécies de sentença descritas podem até mesmo tornar a Fazenda Pública vitoriosa na demanda, quando permanece em sua posição originária de réu, e ainda assim haverá o reexame necessário, o que leva parcela da doutrina, inclusive, a falar em "reexame necessário inverso".

Como não há previsão específica em sentido contrário, como ocorre no já mencionado art. 14, §§ 1º e 3º, da Lei 12.016/2009, o reexame necessário nesse caso impede a geração de efeitos da sentença até que o tribunal de segundo grau o decida. Tal circunstância, entretanto, não terá maiores repercussões práticas, considerando que as sentenças terminativa e de improcedência não geram fase executiva, salvo no tocante ao capítulo acessório dos custos do processo, que só serão cobrados se demonstrada a má-fé do autor, nos termos do art. 5º, LXXIII,

[47] Mazzilli, A defesa, p. 549; Scarpinella Bueno, Curso, v. 2, t. III, p. 236; Didier Jr.-Zaneti Jr., Curso, p. 352.

[48] STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.219.033/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, j. 17.03.2011, *DJe* 25.04.2011; STJ, 2ª Turma, REsp 1.108.542/SC, rel. Min. Castro Meira, j. 19.05.2009, *DJe* 29.05.2009.

[49] STJ, 1ª Seção, EREsp 1.220.667/MG, rel. Min. Herman Benjamin, j. 24/05/2017, DJe 30/06/2017.

[50] STJ, 1ª Turma, REsp 856.388/SP, rel. Min. Francisco Falcão, j. 19/04/2007, DJ 24/05/2007 p. 325.

da CF. De qualquer forma, os efeitos da sentença estarão suspensos até o julgamento do reexame necessário.

A questão mais interessante que envolve o reexame necessário na ação popular diz respeito à aplicação subsidiária das regras do Código de Processo Civil. Não vejo qualquer possibilidade de aplicar exclusivamente as regras do art. 496 do CPC, simplesmente ignorando o art. 19, *caput*, da LAP, até porque os propósitos do reexame necessário são nitidamente diferentes: no Código de Processo Civil, a proteção dos interesses da Fazenda Pública; na ação coletiva, a proteção dos interesses da coletividade ou de uma comunidade. Mas seria possível uma aplicação conjunta dessas duas normas? Na sentença de improcedência e terminativa, protegendo a coletividade ou uma comunidade, e, na sentença de procedência, protegendo a pessoa jurídica de direito público que figura como ré?

Apesar de existir corrente doutrinária que defende a aplicação do art. 496 do CPC à ação coletiva[51], prefiro a conclusão contrária, notando que a previsão expressa do art. 19 da LAP trata de forma exauriente a questão, em especial porque em um confronto entre o direito público primário, de titularidade da coletividade, e do direito público secundário, de titularidade da Fazenda Pública, o legislador optou claramente pela tutela do primeiro, não havendo sentido sacrificá-lo em prol do segundo[52]. A doutrina, majoritariamente, adota esse entendimento[53]. O Superior Tribunal de Justiça, por outro lado, consolidou o entendimento de aplicação conjunta dos dispositivos legais na ação civil pública[54].

13.6.3. Mandado de segurança coletivo

Segundo o art. 14, § 1º, da Lei 12.016/2009, há reexame necessário no caso de concessão da ordem, repetindo parcialmente a redação do art. 12, parágrafo único, da Lei 1.533/1951. O legislador, nesse tocante, foi de uma timidez criticável, pois perdeu a oportunidade de resolver divergência doutrinária a respeito da aplicação subsidiária do art. 496, §§ 3º e 4º, do CPC à sentença que concede a ordem no mandado de segurança. Esses dispositivos legais devem ser efusivamente saudados, porque limitam, na praxe forense, a aplicação do ultrapassado instituto do reexame necessário, afastando-o sempre que a condenação ou o direito controvertido for de valor certo não excedente a 60 salários mínimos e quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula de qualquer tribunal superior.

Quando da aplicação do art. 12, parágrafo único, da Lei 1.533/1951, o Superior Tribunal de Justiça já havia consolidado o entendimento pela inaplicabilidade

[51] Mazzilli, A defesa, pp. 549-550; Didier Jr.-Zaneti Jr., Curso, p. 352.

[52] Gomes Jr., *Considerações*, pp. 467-468.

[53] Assagra, *Manual*, p. 390; Rodrigues, *Ação*, p. 319; Costa Machado, *A intervenção*, n. 8.4.3, p. 462; Abdo, *Comentários*, p. 287; Tosta, *Do reexame*, p. 250-251; Assagra, Comentários, pp. 286-288.

[54] STJ, 2ª Turma, REsp 1.733.729/SP, rel. Min. Herman Benjamin, j. 27/11/2018, DJe 17/12/2018; STJ, 1ª Turma, AgInt no AgInt no AREsp 520.897/MG, rel. Min. Sérgio Kukina, j. 19/06/2018, DJe 14/08/2018.

das limitações previstas no *codex* processual ao mandado de segurança, de forma que, independentemente do valor econômico da causa ou da existência de jurisprudência ou súmula de tribunais superiores, a mera concessão de segurança já seria o suficiente para a exigência do reexame necessário[55]. A jurisprudência não sofreu alteração diante da Lei 12.016/2009[56]. A doutrina que já se manifestou sobre o tema considera que o entendimento se manterá inalterado[57], com o que infelizmente se concorda.

A regra ora analisada, entretanto, foi idealizada com fundamento na tutela clássica do reexame necessário: os interesses da Fazenda Pública em juízo. No mandado de segurança coletivo, entretanto, haverá do lado do impetrante um interesse público primário que não se pode desprezar, de modo que entendo ser aplicável por analogia a essa espécie de ação coletiva a regra consagrada no art. 19 da LAP, havendo reexame necessário somente quando a sentença for terminativa ou denegatória da ordem.

13.7. AÇÃO RESCISÓRIA

13.7.1. Introdução

Como o próprio nome sugere, a ação rescisória tem natureza jurídica de ação[58], sendo uma espécie de *sucedâneo recursal externo*, ou seja, meio de impugnação de decisão judicial que se desenvolve em processo distinto daquele no qual a decisão impugnada foi proferida, comumente chamada de ação autônoma de impugnação. Enquanto o recurso é meio de impugnação cabível durante o trâmite processual, a ação rescisória é remédio processual cabível somente após o trânsito em julgado, fenômeno processual que se verifica com o esgotamento dos recursos cabíveis contra a decisão judicial ou a ausência de interposição do recurso cabível. Além do trânsito em julgado, o art. 966, *caput*, do CPC exige que a decisão a ser impugnada por meio de ação rescisória seja de mérito.

A ação rescisória pode ser parcial, nos termos do § 3º do art. 966 do CPC, ou seja, não precisa necessariamente impugnar todos os capítulos da decisão rescindenda, seguindo nesse sentido jurisprudência já consolidada no Superior Tribunal de Justiça.[59] O legislador poderia, entretanto, ter sido mais cuidadoso com a redação legal, considerando-se que o autor da rescisória pode impugnar

[55] STJ, 2ª Turma, REsp 869.169/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 19.09.2008, *DJe* 16.09.2008; STJ, 1ª Turma, REsp 833.394/SP, rel. Min. Denise Arruda, j. 20.03.2007, *DJ* 23.04.2007, p. 235.

[56] STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.373.905/RJ, rel. Herman Benjamin, j. 06/06/2013, DJe 12/06/2013; STJ, 2ª Turma, REsp 1.274.066/PR, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 01/12/2011, DJe 09/12/2011

[57] Scarpinella Bueno, *A nova*, p. 79-80; Luiz Manoel Gomes Jr., *Comentários*, p. 123. Contra Medina-Araújo, *Mandado*, n. 14.4, p. 166.

[58] Por todos: Nery-Nery, *Código*, p. 777.

[59] STJ, 1ª Turma, AgRg no Ag 1.308.611/BA, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 21.08.2012, *DJe* 27.08.2012; STJ, 1ª Seção, AgRg nos EREsp 1.111.092/MG, rel. Min. Herman Benjamin, j. 27.06.2012, *DJe* 22.08.2012.

apenas um dos capítulos, como prevê o dispositivo legal, bem como apenas alguns capítulos da decisão rescindenda. Trata-se, como já afirmado, da possibilidade de impugnação parcial da decisão rescindenda.

O art. 701, § 3º, do CPC prevê o cabimento de ação rescisória de decisão que expede o mandado monitório e que, diante da ausência de embargos, constitui-se de pleno direito em título executivo judicial. A norma entra no rol "do que abunda não prejudica", porque a única dúvida a respeito de tal decisão é ser ela interlocutória ou uma sentença. Como o art. 966, *caput*, CPC prevê que a decisão de mérito é rescindível, não era necessária a previsão expressa de cabimento da ação rescisória na hipótese ora analisada.

O Código de Processo Civil de 2015 inova ao prever expressamente o cabimento de ação rescisória contra duas decisões que não julgam o mérito.

Nos termos do art. 966, § 2º, I, do CPC/2015, é cabível ação rescisória contra decisão terminativa que impeça a repropositura da ação. O dispositivo deve ser combinado com o art. 486, § 1º, do CPC/2015, devidamente analisado no Capítulo 23, item 23.2.2.1.10, que prevê que a repropositura da ação em determinadas hipóteses de extinção terminativa do processo depende da correção do vício que levou à sentença sem resolução de mérito.

Entendo que sempre que essa correção do vício necessariamente envolver a modificação de um dos elementos da ação não caberá sua repropositura, mas a propositura de uma nova ação. Nesse caso, ainda que a sentença não seja de mérito, e por tal razão não seja capaz de gerar coisa julgada material, ela se torna imutável e indiscutível, sendo apenas nesse caso cabível a ação rescisória após o trânsito em julgado.

O inciso II do § 2º do art. 966 do CPC/2015 consagra o cabimento de ação rescisória contra decisão terminativa que impeça a admissibilidade do recurso correspondente. Na realidade essa decisão não existe, porque a admissibilidade recursal será sempre analisada, podendo ser positiva, quando o recurso será admitido, ou negativa, quando o recurso será inadmitido. O que pode não ocorrer, portanto, é a admissão, nunca a admissibilidade. E o termo correspondente em nada contribui com a clareza do dispositivo legal.

Ainda que com tais imprecisões redacionais, o dispositivo traz importante novidade ao sistema processual: o cabimento de ação rescisória contra decisão que inadmite recurso[60]. Registre-se que no silêncio do CPC/1973 o Superior Tribunal de Justiça entendia pelo não cabimento da ação rescisória com o fundamento de que essa decisão não é de mérito[61]. Sob a égide do sistema revogado o entendimento era compreensível, tirado da letra da lei, mas com a novidade imposta pelo art. 966, § 2º, II, do CPC/2015, tal entendimento resta superado.

[60] Câmara, *O novo*, p. 463.

[61] STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.472.811/CE, rel. Min. Og Fernandes, j. 07.10.2014, *DJe* 15.10.2014; STJ, Corte Especial, AgRg nos EREsp 1.111.939/PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 07.11.2012, *DJe* 21.11.2012.

Há divergência doutrinária a respeito do conteúdo da decisão impugnada pelo recurso inadmitido. Para parcela da doutrina a decisão deve ser necessariamente de mérito[62], enquanto outra parcela defende o cabimento de ação rescisória mesmo se a decisão recorrida pelo recurso inadmitido não tiver decidido o mérito[63]. Entendo preferível o segundo entendimento por duas razões. Primeiro porque a condição de ser a decisão impugnada pelo recurso inadmitido não está prevista em lei. Segundo porque a ação rescisória nesse caso não guarda qualquer relação com a decisão impugnada com o recurso inadmitido, servindo de impugnação exclusiva da decisão de inadmissão do recurso.

Registre-se que essa hipótese de cabimento da ação rescisória foi incluída na revisão final do texto do Código de Processo Civil de 2015 antes de sua sanção presidencial. Como não houve destaque ou outra questão constante do Parecer nº 1.099/2014, há doutrina que aponta a norma como inconstitucional[64].

A decisão, de mérito ou terminativa, para ser objeto de ação rescisória, deve ter transitado em julgado porque, havendo algum recurso ainda cabível contra tal decisão, não se admite sua rescisão pela via excepcional da ação rescisória. Na realidade, faltará *interesse de agir* – ausência de necessidade – na ação rescisória ingressada nesse momento procedimental[65]. Não é necessário que a parte esgote todos os recursos cabíveis para só então ser cabível a ação rescisória, basta que no caso concreto o recurso cabível não tenha sido devidamente interposto[66]. Uma sentença pode ser apelada, mas, não o sendo, transitará em julgado e, sendo de mérito, poderá ser desconstituída por meio de ação rescisória.

13.7.2. Processo coletivo comum

Não existe qualquer previsão legal quanto à ação rescisória nas leis que regulamentam as ações coletivas do processo coletivo comum, de modo a serem aplicáveis a tais ações as regras previstas no Código de Processo Civil.

Registre-se apenas que, em razão da coisa julgada *secundum eventum probationis*, devidamente analisada no item 14.2, faltará interesse de agir na ação rescisória contra sentença de improcedência transitada em julgado fundada no art. 966, VII, do CPC, porque, se existir um documento novo capaz de demonstrar a inadequação da rejeição do pedido, será admitida a repropositura da ação coletiva por qualquer dos legitimados coletivos. No caso de sentença de procedência transitada em julgado, entretanto, é cabível a ação rescisória com fundamento em documento novo, pois nesse caso opera-se a coisa julgada material tradicional.

[62] Barioni, *Breves*, p. 2.149.

[63] Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 901.

[64] Scarpinella, *Novo*, p. 605.

[65] Yarshell, *Ação*, n. 41, p. 132.

[66] Súmula 514/STF; Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 70, p. 117; Theodoro Jr., *Curso*, n. 601, p. 771; Pimentel, *Introdução*, n. 18.2, p. 481.

13.7.3. Processo coletivo especial

O art. 26 da Lei 9.868/1999 prevê que a decisão não poderá ser desconstituída após o trânsito em julgado por ação rescisória. Nesse caso, a expressa previsão legal se justifica, porque, diante de omissão legislativa, não haveria qualquer obstáculo jurídico à interposição de ação rescisória contra decisão de mérito transitada em julgado proferida em ação direta de inconstitucionalidade. Optou-se claramente pela segurança jurídica das decisões proferidas nessa espécie de ação, criando-se uma coisa julgada soberana com o mero advento do trânsito em julgado.

Como se pode notar, dificilmente as lições ora transcritas poderão ser aplicadas no processo objetivo, considerando-se que a declaração de inconstitucionalidade/constitucionalidade como objeto principal do processo não pode ser pretendida por indivíduos, a quem falta legitimidade para tal pedido. Entretanto, há outro sentido possível para a aplicação da coisa julgada *secundum eventum litis* no processo objetivo: a possibilidade de afastar a coisa julgada material do julgamento de improcedência da ação direta de inconstitucionalidade, o que permitiria a repropositura de uma nova ação direta de controle.

Segundo parcela da doutrina, é preciso estabelecer uma diferença entre decisões de procedência e improcedência nessa espécie de ação, dado que na primeira hipótese a lei ou ato normativo não mais poderá ser aplicado, enquanto na segunda nada ocorre com a lei ou ato normativo impugnado. Como nada acontece com o objeto da impugnação, seria permitido ao Supremo Tribunal Federal reapreciar a inconstitucionalidade diante de novos fatos, mudanças formais ou informais no sentido da Constituição ou de transformações na realidade que modifiquem o impacto ou a percepção da lei[67].

A adoção do entendimento de que não existe coisa julgada material no julgamento de improcedência na ação direta de inconstitucionalidade necessariamente vincula o intérprete a defender que a decisão de procedência na ação declaratória de constitucionalidade também não faz coisa julgada material. Dessa forma, toda vez que o Supremo Tribunal Federal declarar a constitucionalidade de uma norma em controle concentrado, não haverá coisa julgada material.

Não parece ser esse o melhor entendimento, porque a cognição realizada pelo tribunal na realização do controle concentrado é rigorosamente a mesma quando da declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não havendo sentido em afirmar existente a coisa julgada material somente na hipótese de inconstitucionalidade. Não considero sadio ao sistema afastar a segurança jurídica típica da coisa julgada das decisões de constitucionalidade de normas feitas abstratamente pelo Supremo Tribunal Federal; ainda mais com as previsões constantes nos arts. 525, § 1º, III, § 12º, e 535, III, § 5º, ambos do CPC.

[67] Cf. Barroso, *O controle*, pp. 188-189.

Ressalte-se, entretanto, que eventuais alterações fático-jurídicas poderão ensejar um novo controle concentrado de constitucionalidade da norma já declarada constitucional, pois o autor da ação direta fundamentará sua pretensão em nova causa de pedir, o que já é suficiente para admitir o afastamento da função negativa da coisa julgada material. Apesar de a doutrina admitir a tese de causa de pedir aberta nas ações de controle direto de constitucionalidade, é importante registrar que causa de pedir não alegada e não enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal não fica acobertada pela eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 508 do CPC), o que permite sua discussão originária em nova ação direta. Esse entendimento é minoritário no Supremo Tribunal Federal[68].

Para parcela da doutrina, trata-se de decisão submetida à cláusula *rebus sic stantibus*, admitindo-se nova análise, desde que alteradas as circunstâncias de fato e de direito[69]. Seria algo similar ao que ocorre com a coisa julgada material nas relações jurídicas continuativas. O art. 505, I, do CPC prevê a possibilidade de pedido de revisão do instituído na sentença na hipótese de modificação superveniente no estado de fato ou de direito, sempre que a sentença resolver relação jurídica continuativa. Dessa forma, legitima-se a modificação do conteúdo de sentenças tais como as que decidem as demandas de alimentos ou revisionais de aluguel, mesmo que ocorrido seu trânsito em julgado.

Na compreensão dessa norma legal, existe parcela doutrinária que defende a existência de uma coisa julgada material especial, gerada por uma sentença de mérito que contém implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, a imutabilidade da decisão estaria condicionada à manutenção da situação de fato e de direito[70].

Considero que a posição doutrinária examinada não é correta, sendo preferível outro entendimento, atualmente majoritário, que defende a existência de coisa julgada material nas sentenças que resolvem relação jurídica continuativa como em qualquer outra sentença de mérito. Essa corrente doutrinária aponta que a decisão é imutável e indiscutível, e a possibilidade de sua revisão, condicionada à modificação do estado de fato ou de direito, é permitida tão somente em razão da modificação da causa de pedir, de modo a afastar a tríplice identidade, indispensável à aplicação da função negativa da coisa julgada material[71]. Assim, da mesma forma que a sentença da ação de alimentos ou da ação revisional de aluguel só pode ser modificada quando existir uma nova causa de pedir (novos fatos ou novo direito) que legitime tal modificação, isso acontece também com a decisão que declara a constitucionalidade de norma em controle concentrado de constitucionalidade.

[68] STF, 1ª Turma, RE 372.535 AgRg-EDcl/SP, rel. Min. Carlos Britto, j. 09.10.2007, *DJe* 65, 11.04.2008.

[69] Didier Jr.-Braga-Oliveira, Aspectos processuais, p. 415.

[70] Nery Jr.-Nery, *Código*, p. 704; Theodoro Jr., *Curso*, n. 520, pp. 619-620.

[71] Tesheiner, *Eficácia*, n. 3.5.1, pp. 163-168; Barbosa Moreira, *Eficácia, p. 111*; Araken de Assis, *Breve*, pp. 247-249; Talamini, *Coisa*, p. 90-91; Didier Jr.-Braga-Oliveira, *Curso*, pp. 576-578.

13.8. PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA

O pedido de suspensão de segurança é aplicável às ações coletivas em razão da expressa previsão do art. 12, § 1º, da Lei 7.347/1985, mas seu regramento encontra-se na Lei 12.016/2009.

O art. 15 da Lei 12.016/2009 conjuga artigos de diversas leis – art. 13 da Lei 1.533/1951 (já havia sido revogado pela lei seguinte); art. 4º, *caput*, §§ 1º e 2º, da Lei 4.348/1964; art. 4º, §§ 5º, 6º, 7º e 8º, da Lei 8.437/1992 – com poucas alterações referentes aos artigos revogados. O dispositivo legal regulamenta o chamado "pedido de suspensão de segurança", que, apesar de apontado por parcela da doutrina como inconstitucional por violar o princípio da isonomia[72], entre outros princípios constitucionais, parece ter vindo para ficar.

Além do mandado de segurança coletivo, o pedido de suspensão de segurança será admitido em outras espécies de ação coletiva pertencentes ao processo coletivo comum sempre que preenchidos seus requisitos de concessão. Não é difícil notar que os valores tuteláveis por esse incidente processual – segurança, economia, saúde e ordem pública – são frequentemente objeto de ações coletivas.

Segundo o art. 15, *caput*, da Lei 12.016/2009, a pessoa jurídica de direito público ou o Ministério Público podem requerer ao presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso a suspensão da execução da sentença ou da liminar para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. O rol dos legitimados parece ser exauriente, não se admitindo a aplicação por analogia do art. 996 do CPC em razão da natureza não recursal do incidente de suspensão de segurança. Em virtude da expressa previsão legal, não tem legitimidade para a arguição da suspensão de segurança a autoridade coatora[73], que, embora tenha sido notificada para a apresentação de informações, não é parte no processo, de modo que um eventual pedido de suspensão de segurança teria que ser feito com justificativa na legitimidade de terceiro prejudicado, mas essa é uma legitimidade recursal, não se aplicando para o incidente processual que caracteriza o pedido de suspensão de segurança.

Apesar de o incidente de suspensão de segurança não impugnar a decisão judicial visando sua reforma e/ou anulação, o que irremediavelmente o afasta da natureza recursal e dos sucedâneos recursais[74], há entendimento nos tribunais superiores de que não basta a comprovação da grave lesão aos valores previstos em lei, cabendo também ao requerente demonstrar a plausibilidade de seu direito, ainda que dentro de um juízo sumário de cognição. Segundo o entendimento atualmente predominante em sede jurisprudencial, o pedido de suspensão de segurança tem natureza de contracautela, de forma que, além do perigo de dano,

[72] Scarpinella Bueno, *A nova*, pp. 93-94.

[73] Medina-Araújo, *Comentários*, p. 177; Rocha Lopes, *Comentários*, p. 119.

[74] Didier Jr.-Cunha, *Curso*, pp. 494-495. Há doutrina que defende a natureza de sucedâneo recursal: Araken de Assis, *Manual*, n. 110.2, p. 890; Medina-Araújo, *Mandado*, p. 176.

o tribunal analisará, ainda que em juízo mínimo de deliberação, a matéria de fundo, ou seja, o direito material discutido na demanda[75]. Ainda que, em cognição sumária, deva-se levar em conta o conteúdo da decisão, o incidente processual continua a não atacar o conteúdo do ato, mas tão somente seus efeitos.

É interessante notar que, não obstante ser consagrada nos tribunais superiores a inadmissão de discussão sobre o mérito da controvérsia, considerando-se que o pedido de suspensão não se trata de instância recursal[76], é absolutamente inviável imaginar a concessão de um pedido de suspensão de segurança quando a decisão for escandalosamente contrária ao melhor direito, e, ainda pior, quando contrariar posição já consolidada no tribunal. Justamente em razão dessa realidade é necessário que o presidente ou o órgão colegiado no julgamento do agravo interno faça, ainda que sumariamente, uma análise do conteúdo da decisão, sem, naturalmente, formar convencimento definitivo a respeito do mérito da demanda judicial.

Conforme expressamente previsto em lei, só será cabível agravo interno contra a decisão que acolher o pedido de suspensão. E da decisão que rejeitar tal pedido, não é cabível o supracitado recurso de agravo? Interessante notar que os tribunais superiores tinham entendimento sumulado pelo cabimento somente na hipótese de decisão de deferimento do pedido de suspensão de segurança, mas, em decorrência do art. 4º, § 3º, da Lei 8.437/1992 (aplicável nas cautelares, liminares e tutela antecipada contra o Poder Público), tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça cancelaram suas respectivas Súmulas 506[77] e 217[78], passando a admitir o cabimento do agravo interno também contra a decisão que rejeita o pedido de suspensão de segurança. Teria a nova disposição legal força para modificar o entendimento consagrado nos tribunais superiores?

Apesar de existir corrente doutrinária que defende que, com o advento da nova realidade legislativa, não é possível a aplicação do art. 4º, § 3º, da Lei 8.437/1992 ao mandado de segurança[79], penso que o entendimento mais correto seja aquele que vem atualmente sendo defendido pelos tribunais superiores, mesmo com o advento do art. 15, *caput*, da Lei 12.016/2009. O presidente do tribunal atua tão somente como um porta-voz avançado do órgão colegiado, não sendo legítimo imaginar que tenha competência para a prolação de decisão tão importante. A meu ver, a competência é do órgão colegiado, que a delega para o presidente em razão de urgência ou da facilidade procedimental, de forma que sua decisão monocrática, independentemente do teor, poderá ser revista pelo órgão colegiado, e, para tanto, é imprescindível o cabimento do agravo interno.

[75] STF, Tribunal Pleno, STA 729 AgR/SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 28/05/2015, DJe 23/06/2015; STJ, Corte Especial, AgRg no AgRg na SLS 1.909/DF, rel. Min. Francisco Falcão, j. 04/02/2015, DJe 09/03/2015; Rocha Lopes, *Comentários*, p. 122.

[76] STJ, Corte Especial, AgRg na SS 1.873/PI, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 28.05.2009, *DJe* 10.08.2009.

[77] Informativo STF/295: Pleno, SS (QO) 1.945, 2002.

[78] Corte Especial, AgRg na SS 1.204-AM, J. 23.10.2003.

[79] Scarpinella Bueno, *A nova*, p. 99. Contra: Medina-Araújo, *Mandado*, p. 181.

Como o agravo interno é regulamentado pelo art. 1.021 do CPC, deve-se buscar uma compatibilização entre as normas.

O prazo previsto no art. 15, *caput*, da Lei 12.016/2009 é de 5 dias (era cabível o agravo de petição que tinha prazo de 10 dias), contrariando o prazo de 15 dias do agravo interno previsto no art. 1.021 do CPC. Nesse ponto há uma interessante questão a respeito da norma que deve prevalecer, porque o art. 15, *caput*, da Lei 12.016/2009 do CPC/2015, passou a prever um prazo de 5 dias porque era esse o prazo previsto no art. 557, § 1º, do CPC/1973 (não custa lembrar novamente que o prazo era de 10 dias). Partindo-se da premissa de homogeneidade do sistema processual, não tenho dúvida de que o prazo de 15 dias deve prevalecer, mas *ad cautelam*, até que haja a pacificação do tema, o mais seguro é se valer do prazo de 5 dias, até porque sempre poderá se interpretar a divergência normativa pela tradicional regra de hermenêutica no sentido de a norma específica preferir à norma geral.

Além do prazo, o art. 15, *caput*, da Lei 12.016/2009 ora comentado prevê que o agravo interno "será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição", não havendo qualquer incompatibilidade dessa regra com o art. 1.021 do CPC/2015. Apesar de importante para confirmar a urgência com que o legislador pretende ver julgado o recurso, trata-se de prazo impróprio, de modo que seu descumprimento – que certamente ocorrerá – não gera preclusão temporal.

No mais, aplica-se o art. 1.021 do CPC/2015, inclusive com a exigência de fundamentação específica recursal (§ 1º), proibição de fundamentação *per relationem* (§ 3º), exigência de intimação para contrarrazões e inclusão em pauta (§ 2º) e aplicação de sanção pecuniária no caso de recurso manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime (§§ 4º e 5º).

Esse agravo interno não tem efeito suspensivo previsto em lei, pois, durante sua pendência, a suspensão de segurança deferida pelo presidente do tribunal continuará eficaz. Entendo que o art. 995, parágrafo único, do CPC/2015 seja regra de teoria geral dos recursos, de modo que será cabível ao agravante o pedido de efeito suspensivo incidentalmente no próprio agravo interno, o que, inclusive, evitará a impetração de novos e sucessivos mandados de segurança[80].

Ao repetir o art. 4º, § 1º, da Lei 4.348/1964, aduz o art. 15, § 1º, da Lei 12.016/2009 que, indeferido o pedido de suspensão, tanto pelo presidente monocraticamente como pelo órgão colegiado no julgamento do agravo interno, caberá um novo pedido de suspensão para o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, tribunais competentes para o julgamento do recurso extraordinário e recurso especial respectivamente. A determinação de qual será o tribunal competente para o novo pedido de suspensão de segurança levará em

[80] Pela aplicabilidade do art. 558 do CPC nesse caso específico de agravo interno contra decisão do presidente em suspensão de segurança: Scarpinella Bueno, *A nova*, pp. 96-97. Contra: Luis Otávio Sequeira de Cerqueira, *Comentários*, p. 134.

consideração a fundamentação do pedido e da própria decisão[81], sendo inclusive possível a concomitância de pedidos para ambos os tribunais.

Como parto da premissa de que o pedido de suspensão de segurança é tão somente um incidente processual, sem natureza jurídica de recurso ou de sucedâneo recursal, entendo que a previsão legal não proíbe a interposição de recurso, simplesmente permitindo que, uma vez tendo sido indeferido o pedido, seja cabível também um novo pedido de suspensão de segurança para o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso. Para embasar esse entendimento, deve-se admitir a sobrevivência do art. 4º, § 3º, da Lei 8.437/1992, conforme já defendido.

O art. 15, *caput*, da Lei 12.016/2009 prevê expressamente o cabimento do pedido de suspensão de segurança contra a decisão liminar ou sentencial, enquanto o art. 15, § 1º, da mesma lei prevê uma nova hipótese de cabimento desse incidente processual, justamente da decisão que não concede o primeiro pedido de suspensão.

O art. 15, § 2º, da Lei 12.016/2009 prevê mais uma hipótese de cabimento do pedido de suspensão de segurança: decisão do tribunal que negue provimento ao agravo de instrumento contra a decisão liminar a que se refere o *caput* do dispositivo legal. A situação imaginada pela norma legal é o não ingresso do pedido de suspensão de segurança, quando a liminar é concedida em primeiro grau, limitando-se a pessoa jurídica de direito público a interpor contra a decisão o agravo de instrumento. Sendo o recorrente derrotado no agravo de instrumento e até então não requerido o pedido de suspensão de segurança, admitir-se-á que tal pedido seja feito de forma originária.

Questão interessante diz respeito à situação de liminar indeferida no primeiro grau e concedida no Tribunal em julgamento de agravo de instrumento. Como se pode notar, não foi essa a situação tratada pelo art. 15, § 2º, da Lei 12.016/2009, mas será possível, nessa situação, o pedido de suspensão de segurança? A melhor doutrina entende que a resposta deva ser dada de forma negativa, por falta de previsão legal[82].

Segundo o art. 15, § 3º, da Lei 12.016/2009, a interposição de agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão de segurança.

Não interposto o agravo de instrumento, a decisão preclui? É cabível tão somente o pedido de suspensão de segurança? Entendo que sim, e, pela mesma razão, considero também cabível o pedido de suspensão de segurança, depois de julgado definitivamente o agravo de instrumento perante o tribunal[83]. É verdade

[81] Scarpinella Bueno, *A nova*, p. 99.

[82] Scarpinella Bueno, *A nova*, p. 100.

[83] Nesse sentido Araújo-Medina, *Comentários*, n. 15.5, p. 179.

que, com a ausência do agravo de instrumento ou seu julgamento definitivo, a decisão concessiva de liminar no mandado de segurança preclui, não sendo mais legítimo às partes sua impugnação. Não obstante a preclusão operada pela não interposição do recurso cabível ou seu julgamento definitivo, a decisão continuará a gerar efeitos, sendo, por essa razão, cabível o pedido de suspensão de segurança, que, conforme já afirmado, não opera sobre o conteúdo e forma da decisão, mas sobre seus efeitos. Nunca é demais destacar que os objetivos da suspensão e do recurso são diferentes: o pedido de suspensão mira os efeitos da decisão (tornar ineficaz a decisão); o agravo de instrumento visa o conteúdo e forma da decisão (anulação ou reforma).

É natural que, não sendo pedida a suspensão da segurança de decisão que concede a liminar e sendo julgado por sentença o mandado de segurança, de duas uma: (a) a sentença é de improcedência e revoga a liminar concedida, o que retira qualquer interesse na propositura do pedido de suspensão de segurança, afinal não haverá mais nada a suspender; (b) a sentença é de procedência e substitui a decisão liminar, sendo, a partir desse momento, cabível o pedido de suspensão de segurança, não contra a decisão liminar, que não mais existirá, mas contra a sentença.

Aduz o art. 15, § 4º, da Lei 12.016/2009 que o presidente do tribunal poderá conferir ao pedido de suspensão de segurança efeito suspensivo liminar (*inaudita altera parte*), sempre que constatar em juízo prévio a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida. Parece não restar dúvidas de que se trata de tutela de urgência, seja por sua função (suspensão imediata dos efeitos da decisão), seja pelos requisitos exigidos para sua concessão (plausibilidade do direito e perigo de grave dano).

Entendo que a previsão expressa de uma excepcional decisão *inaudita altera parte* pelo presidente do tribunal permite a conclusão, *a contrario sensu*, de que a decisão em regra seja proferida após o devido contraditório, devendo o impetrante ser intimado para se manifestar antes da prolação da decisão[84]. O contraditório diferido, conforme previsto em lei, permitirá ao impetrante uma alegação após a concessão da suspensão, que funcionará, na prática, como um pedido de reconsideração endereçado ao presidente do tribunal.

O art. 15, § 5º, da Lei 12.016/2009 trata do chamado "efeito multiplicador", ao prever que as liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, e o presidente do tribunal poderá estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original. A prática já vinha sendo admitida com tranquilidade nos tribunais superiores[85], e, segundo a melhor doutrina, deve ser aplicada também para sentença e acórdão, não somente para a liminar, como prevê o texto legal[86]. Para o pedido

[84] Scarpinella Bueno, *A nova*, p. 101.

[85] STF, Tribunal Pleno, SS 3.653 AgRg/AM, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01.07.2009.

[86] Scarpinella Bueno, *A nova*, p. 103.

de suspensão de liminar ou acórdão em mandado de segurança de competência originária de tribunal, continua a sendo aplicado o art. 25 da Lei 8.038/1990.

A omissão da nova lei de mandado de segurança a respeito do tempo de duração da suspensão de segurança não modifica o previsto no art. 4º, § 9º, da Lei 8.437/1992, de que a suspensão dura até o trânsito em julgado da decisão concessiva de segurança, porque, enquanto ela for provisória, os mesmos motivos que fundamentaram a concessão da suspensão de segurança remanescem. O próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu tal realidade ao sumular esse entendimento[87] (Súmula 626/STF), de modo que, embora a decisão seja proferida mediante cognição sumária substituída por uma decisão proferida mediante cognição exauriente, a suspensão da segurança perdura até o trânsito em julgado, o que significa que, concedida a suspensão, será inviável a execução provisória da decisão concessiva da ordem[88].

[87] Súmula 626/STF: "A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração".

[88] Medina-Araújo, *Mandado*, p. 179.

14

COISA JULGADA

Sumário: 14.1. Introdução – 14.2. Coisa julgada *secundum eventum probationis* – 14.3. Coisa julgada *secundum eventum litis* – 14.4. Limitação territorial da coisa julgada – 14.5. Coisa julgada na ação de improbidade administrativa – 14.6. Coisa julgada no mandado de segurança coletivo.

14.1. INTRODUÇÃO

Conforme já afirmado no item 2.2, a coisa julgada é um dos aspectos mais relevantes na distinção da tutela coletiva da individual. Regras tradicionais presentes na tutela individual, tais como a coisa julgada *pro et contra* e sua *eficácia inter partes*, são simplesmente desconsideradas, passando-se às eficácias *ultra partes* e *erga omnes* e à coisa julgada *secundum eventum probationis* e *secundum eventum litis*.

Quanto ao afirmado, existe alguma divergência na ação de improbidade administrativa e no mandado de segurança coletivo, devidamente analisada no presente capítulo.

Por fim, há ainda a funesta e lamentável regra consagrada no art. 16 da Lei 7.347/1985, que aparentemente cria uma espécie de limitação territorial aos efeitos da sentença e por consequência da coisa julgada material.

14.2. COISA JULGADA *SECUNDUM EVENTUM PROBATIONIS*

No tocante aos direitos coletivos e difusos, a coisa julgada, na hipótese de julgamento de improcedência do pedido, tem uma especialidade que a diferencia da coisa julgada tradicional, prevista pelo Código de Processo Civil. Enquanto no instituto tradicional a imutabilidade e a indiscutibilidade geradas pela coisa julgada não dependem do fundamento da decisão, nos direitos difusos e coletivos,

caso tenha a sentença como fundamento a ausência ou a insuficiência de provas, não se impedirá a propositura de novo processo com os mesmos elementos da ação – partes, causa de pedir e pedido –, de modo a possibilitar uma nova decisão, o que, naturalmente, afastará, ainda que de forma condicional, os efeitos de imutabilidade e indiscutibilidade da primeira decisão transitada em julgado. Exclui-se da análise os direitos individuais homogêneos porque, nestes, a coisa julgada opera-se *secundum eventum litis*; assim, qualquer fundamento que leve à improcedência não afetará os interesses dos indivíduos titulares do direito (art. 103, III, do CDC).

A primeira questão a respeito dessa espécie atípica de coisa julgada diz respeito à sua constitucionalidade. Uma corrente minoritária vê uma quebra da isonomia em referido sistema e aponta para uma proteção exacerbada dos autores das ações coletivas *stricto sensu* em desfavor dos réus. Apesar de mais sentida nas ações que tenham como objeto os direitos individuais homogêneos, também nas que tratam de direitos difusos e coletivos haveria uma disparidade de tratamento absolutamente desigual, o que feriria o princípio constitucional da isonomia[1].

Majoritariamente, entretanto, a doutrina entende pela constitucionalidade da coisa julgada *secundum eventum probationis* – como também da coisa julgada *secundum eventum litis* –, afirmando que os sujeitos titulares do direito, ao não participarem efetivamente do processo, não poderão ser prejudicados por uma má condução procedimental do autor da demanda. Não seria justo ou legítimo impingir a toda uma coletividade, em decorrência de uma falha na condução do processo, a perda definitiva de seu direito material. A ausência da efetiva participação dos titulares do direito em um processo em contraditório é fundamento suficiente para defender essa espécie de coisa julgada material[2].

Ademais, a coisa julgada *secundum eventum probationis* serve como medida de segurança dos titulares do direito que não participam como partes no processo contra qualquer espécie de desvio de conduta do autor. A insuficiência ou a inexistência de provas poderá decorrer, logicamente, de uma inaptidão técnica dos que propuseram a demanda judicial, mas também não se poderá afastar, de antemão, algum ajuste entre as partes para que a prova necessária não seja produzida e com isso a sentença seja de improcedência[3]. É bem verdade que os poderes instrutórios do juiz, aguçados nas ações coletivas em razão da natureza dos direitos envolvidos, poderiam também funcionar como forma de controle para que isso não ocorra, mas é inegável que a maneira mais eficaz de afastar, definitivamente, qualquer ajuste fraudulento nesse sentido é a adoção da coisa julgada *secundum eventum probationis*.

[1] Botelho de Mesquita, *Na ação*, pp. 81 e ss.; Cruz e Tucci-Tucci, *Devido*, pp. 120-121; Castro Mendes, *Ações*, pp. 263-264.

[2] Marcato, *O princípio*, p. 317; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 781.

[3] Vigliar, *Ação*, p. 117; Nery-Nery, *Código*, p. 1.348; Mancuso, *Ação*, p. 276.

Outra questão que parece ter sido pacificada pela doutrina e pela jurisprudência diz respeito aos legitimados à propositura de um novo processo com a mesma causa de pedir e o mesmo pedido do primeiro; estaria legitimado o mesmo sujeito que propôs a primeira demanda que foi resolvida de forma negativa por ausência ou insuficiência de provas? A ausência de qualquer indicativo proibitivo para a repetição do polo ativo nas duas demandas parece afastar de forma definitiva a proibição. Todos os legitimados poderão, com base na prova nova, propor a "segunda" demanda, mesmo aquele que já havia participado no polo ativo da "primeira"[4].

A próxima questão refere-se à formação ou não de coisa julgada nas ações coletivas – direitos difusos e coletivos – julgadas improcedentes por ausência ou insuficiência de provas. Fala-se em coisa julgada *secundum eventum probationis*, mas há divergência a respeito de ser essa uma espécie atípica de coisa julgada ou se, nesse caso, a coisa julgada material estaria afastada, de modo a operar-se, no caso concreto, tão somente a coisa julgada formal.

Há parcela significativa da doutrina que entende não se operar, nesse caso, a coisa julgada material, por afirmar que, sendo possível a propositura de um novo processo com os mesmos elementos da ação – partes, causa de pedir e pedido –, a imutabilidade e a indiscutibilidade próprias da coisa julgada material não se fariam presentes. A possibilidade de existência de um segundo processo, que, naturalmente, proporcionará uma segunda decisão, afetaria de maneira irremediável a segurança jurídica advinda da coisa julgada material tradicional, de modo a estar afastado esse fenômeno processual quando os fundamentos que levaram à improcedência do pedido forem a insuficiência ou a inexistência de prova[5].

Esse entendimento, entretanto, não é o mais correto, parecendo configurar-se a mesma confusão a respeito da formação ou não da coisa julgada nos processos cujo objeto sejam as relações de trato continuativo, reguladas pelo art. 505, I, do Novo CPC. Em razão da possibilidade de que a sentença determinativa seja alterada em virtude de circunstâncias supervenientes de fato e de direito, parcela da doutrina apressou-se a afirmar que essa "instabilidade" da sentença seria incompatível com o fenômeno da coisa julgada material, que exige a imutabilidade e a indiscutibilidade do julgado.

Aos partidários do entendimento de que não existe coisa julgada nas ações que tratam de direito difuso ou coletivo quando a improcedência decorrer da insuficiência ou ausência de provas surge uma questão de difícil resposta: como deverá o juiz proceder ao receber uma petição inicial de um processo idêntico a um processo anterior decidido nessas condições, em que o autor não indica qualquer nova prova para fundamentar sua pretensão, alegando tão somente não ser possível suportar a extrema injustiça da primeira decisão? Sem ao menos

[4] Barbosa Moreira, *Ação*, p. 123; Arenhart, *Perfis*, p. 412.

[5] Barros Leonel, *Manual*, pp. 273-274; Mazzili, *A defesa*, p. 427; Marinoni-Arenhart, *Manual*; Nery-Nery, *Código*, pp. 1.347-1.348.

indícios de que existe uma prova nova, ainda que o fundamento da primeira decisão tenha sido a insuficiência ou ausência de provas, poderá o juiz dar continuidade ao processo?

É evidente nesse caso que o juiz deverá indeferir a petição inicial; não há maiores dúvidas a esse respeito. Mas sob qual fundamento? O fundamento de sua decisão será o art. 485, V, do Novo CPC, o qual aponta que, nesse caso, não se poderá afastar a segurança obtida pela coisa julgada material gerada pela primeira decisão. Essa é a prova maior de que existe coisa julgada material, independentemente do fundamento da decisão de mérito da primeira demanda que efetivamente ocorreu, embora sua imutabilidade e sua indiscutibilidade estejam, no caso da ausência ou insuficiência de provas, condicionadas à inexistência de prova nova que possa fundamentar a nova demanda.

Apesar da defesa veemente da existência de coisa julgada material na hipótese ora analisada e da extinção do processo quando não houver prova nova em razão justamente do fenômeno da coisa julgada material, ainda que seja admitida a inexistência de coisa julgada material quando esta se verifica *secundum eventum probationis*, como prefere a doutrina que tratou do tema, a conclusão a que todos chegam já é o suficiente para os fins buscados no presente trabalho: se não houver prova nova, o processo deverá ser extinto sem julgamento do mérito. Seja por falta de interesse de agir, como prefere a doutrina[6], seja por força da coisa julgada, o essencial é a conclusão pacífica de que o segundo processo não deve ser admitido.

Há outro interessante questionamento a respeito do tema que vem suscitando dúvidas na doutrina nacional. Os dispositivos legais que tratam da coisa julgada *secundum eventum probationis* são omissos a respeito da exigência de que, expressa ou implicitamente, conste da sentença ter sido a improcedência gerada pela ausência ou insuficiência de provas, ou se tal circunstância poderá ser estranha à decisão, de modo a ser demonstrada somente na segunda demanda. A tomada de uma ou de outra posição terá peso fundamental no próprio conceito de prova nova, que será fixado a seguir.

A tese restritiva exige que haja na motivação ou no dispositivo da decisão, expressa ou implicitamente, a circunstância da ausência ou insuficiência de provas. Afirma-se que, por ser uma exceção à regra da coisa julgada material prevista em nosso ordenamento processual, deverá o juiz indicar, ou ao menos ser possível deduzir de sua fundamentação, que sua decisão de improcedência decorreu de uma insuficiência ou inexistência de material probatório. A ausência dessa circunstância proporcionaria, obrigatoriamente, a geração de coisa julgada material tradicional[7].

[6] Gidi, *Coisa*, pp. 135-136, Abelha, *Ação*, p. 329, a extinção se fundamenta na falta de interesse de agir.

[7] Afonso da Silva, *Ação*, p. 273; Mancuso, *Ação*, p. 284; Arruda Alvim, *Notas*, p. 37; Assagra de Almeida, *Direito*, pp. 377-378.

Com entendimento contrário, existe corrente doutrinária que não vê qualquer necessidade de constar, expressa ou implicitamente na sentença, que a improcedência do pedido decorreu de ausência ou insuficiência de provas. A doutrina que defende uma tese mais ampla afirma que não se deveria adotar um critério meramente formal do instituto, propondo-se um critério mais liberal, nomeado de critério substancial. Segundo essa visão, sempre que um legitimado propuser, com o mesmo fundamento, uma segunda demanda coletiva na qual fundamente sua pretensão em uma nova prova, estar-se-á diante da possibilidade de obter uma segunda decisão[8].

A segunda corrente defende o entendimento mais acertado, considerando que a adoção da tese restritiva limitaria indevidamente o conceito de prova nova. Ao exigir-se do juiz uma fundamentação referente à ausência ou à insuficiência de provas, será impossível a ele se manifestar sobre o que não existia à época da decisão, o que retiraria a possibilidade de propositura de uma nova demanda fundada em meio de prova não existente à época da prolação da decisão. Nesses casos, haveria um indevido e indesejável estreitamento do conceito de nova prova, que também, por não ser tranquilo na doutrina, se passa a analisar.

Todos os regramentos legais que tratam da coisa julgada *secundum eventum probationis* são omissos quanto ao conceito de "nova prova", missão legada à doutrina. Parcela majoritária da doutrina entende que não se deve confundir nova prova com prova superveniente, surgida após o término da ação coletiva. Por esse entendimento, seria nova a prova, mesmo que preexistente ou contemporânea à ação coletiva, desde que não tenha sido nesta considerada. Assim, o que interessa não é se a prova existia ou não à época da demanda coletiva, mas se foi ou não apresentada durante seu trâmite procedimental; será nova porque, no tocante à pretensão do autor, é uma novidade, mesmo que, em termos temporais, não seja algo recente[9].

Esse entendimento muito se assemelha ao conceito dado, pela melhor doutrina, ao "fato novo" como fundamento da liquidação de sentença por artigos. Também nesse caso o adjetivo "novo" não é utilizado para designar um fato ocorrido após o término do processo em que se formou o título executivo, mas sim como novidade ao Poder Judiciário, por não ter sido objeto de apreciação em tal processo. O fato, portanto, assim como a "nova prova" nas ações coletivas, poderá ser anterior, concomitante ou posterior à demanda judicial; para ser adjetivado de novo, basta que não tenha sido objeto de apresentação pelas partes e de apreciação pelo juiz.

Registre-se o pensamento, a respeito do tema, exposto por Ada Pellegrini Grinover, que, nos trabalhos para a elaboração do Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, entendeu, com Kazuo Watanabe, que as provas que já poderiam ter sido produzidas, mas não o foram,

[8] Gidi, *Coisa*, p. 131-138; Grinover, *Novas*, pp. 222-224; Barros Leonel, *Manual*, p. 274.

[9] Abelha, *Ação*, p. 327; Marinoni-Arenhart, *Manual*, pp. 781-782.

ficam acobertadas pela eficácia preclusiva da coisa julgada. Fato novo, portanto, seria o fato superveniente. A regra constava do art. 38, § 1º, do Projeto de Lei 5.139/2009, que foi arquivado na Câmara dos Deputados, conforme já analisado no Capítulo 3.

A ideia restritiva de conceito de "nova prova" sugerida pela processualista não parece ser a mais adequada sob a ótica da proteção dos direitos transindividuais em juízo. Já foi devidamente exposto que uma das razões para admitir a coisa julgada *secundum eventum probationis* nas demandas que tenham como objeto direitos difusos ou coletivos é evitar que, por meio de conluio fraudulento entre as partes processuais, se obtenha uma decisão de improcedência. Considerando a relevância do direito material debatido e a ausência dos legitimados no processo, ao menos essa proteção lhes deve ser concedida, o que não ocorreria se fosse adotada a visão de que somente provas que não existiam à época da demanda coletiva permitiriam uma nova demanda judicial.

De qualquer forma, o pensamento ao menos se mostra bastante correto quando sedimenta a ideia de que, ao surgir uma prova que não existia ou que era impossível de obter à época da ação coletiva, sua apresentação será o suficiente para permitir a propositura de um novo processo com os mesmos elementos da ação do anterior. Nesse caso, evidentemente, não será possível defender a corrente doutrinária que exige do juiz a indicação, expressa ou implícita, de ter o julgamento de improcedência decorrido de ausência ou insuficiência de provas. Não sabendo da existência da prova porque não era possível sua obtenção, o que só veio a ser possibilitado, por exemplo, pelo avanço tecnológico, não haveria possibilidade lógica de o juiz considerar tal circunstância em sua decisão.

14.3. COISA JULGADA *SECUNDUM EVENTUM LITIS*

No sistema tradicional da coisa julgada, esta se opera com a simples resolução de mérito, independentemente do resultado no caso concreto (*pro et contra*). Portanto, é irrelevante saber se o pedido do autor foi acolhido ou rejeitado, se houve sentença homologatória ou se o juiz reconheceu a prescrição ou decadência; sendo sentença prevista no art. 487 do Novo CPC, faz coisa julgada material.

No entanto, existe outro sistema possível, que, ao menos na tutela individual, é extremamente excepcional: a coisa julgada *secundum eventum litis*. Por meio desse sistema, nem toda sentença de mérito faz coisa julgada material, tudo dependendo do resultado concreto da sentença definitiva transitada em julgado. Por vontade do legislador é possível que o sistema crie exceções pontuais à relação sentença de mérito com cognição exauriente e a coisa julgada material.

Poderia o sistema passar a prever que toda sentença de mérito fundada em prescrição não fará coisa julgada em ações na quais figure como parte um idoso, ou ainda que a sentença que homologa transação não fará coisa julgada material quando o acordo tiver como objeto direito real. Apesar da óbvia irrazoabilidade dos exemplos fornecidos, servem para deixar claro que afastar a coisa julgada

material de sentença de mérito, que em regra se tornariam imutáveis e indiscutíveis com o trânsito em julgado, em fenômeno conhecido como coisa julgada *secundum eventum litis*, é fruto de uma opção político-legislativa.

Na tutela individual, a técnica da coisa julgada *secundum eventum litis* era consideravelmente excepcional, sendo identificada no art. 274 do CC, que trata dos limites subjetivos da coisa julgada nas demandas que têm como objeto dívida solidária. Mas aparentemente tal forma de coisa julgada se tornou regra em razão do previsto no art. 506 do Novo CPC, ao prever que a coisa julgada não prejudica terceiros, não mencionando mais a inviabilidade de benefício aos terceiros. Seja como for, na presente obra interessa o estudo da coisa julgada *secundum eventum litis* nas ações coletivas em geral e na ação de improbidade administrativa em específico.

Segundo previsão do art. 103, § 1º, do CDC, os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II do mesmo dispositivo legal não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, classe ou categoria, em regra também aplicável ao inciso III[10]. Significa que, decorrendo de uma mesma situação fática jurídica consequências no plano do direito coletivo e individual, e sendo julgado improcedente o pedido formulado em demanda coletiva, independentemente da fundamentação, os indivíduos não estarão vinculados a esse resultado, podendo ingressar livremente com suas ações individuais. A única sentença que os vincula é a de procedência, porque esta naturalmente os beneficia, permitindo-se que o indivíduo se valha dessa sentença coletiva, liquidando-a no foro de seu domicílio e posteriormente executando-a, o que o dispensará do processo de conhecimento. A doutrina fala em coisa julgada *secundum eventum litis in utilibus*, porque somente a decisão que seja útil ao indivíduo será capaz de vinculá-lo a sua coisa julgada material[11].

Uma empresa petrolífera causa um grande vazamento de óleo em uma determinada baía, o que naturalmente agride o meio ambiente saudável, mas também prejudica os pescadores do local, que têm danos individuais por não mais poderem exercer seu ofício. Havendo uma ação coletiva fundada no direito difuso a um meio ambiente equilibrado e sendo essa ação julgada improcedente, os pescadores poderão ingressar e vencer em ações individuais de indenização contra a empresa petrolífera. Por outro lado, com a sentença de procedência, os pescadores poderão se valer desse título executivo judicial, liquidando seus danos individuais e executando o valor do prejuízo.

Registre-se que esse benefício da coisa julgada material da ação coletiva pode ser excepcionado em duas circunstâncias:

(a) na hipótese de o indivíduo ser informado na ação individual da existência da ação coletiva (*fair notice*), e em um prazo de 30 dias preferir

[10] Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 747; Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.688, p. 547.
[11] Gidi, *Rumo*, pp. 289-290.

continuar com a ação individual (*right to opt out*), não será beneficiado pela sentença coletiva de procedência (art. 104 do CDC)[12];

(b) nas ações coletivas de direito individual homogêneo, o art. 94 do CDC admite a intervenção dos indivíduos como litisconsortes do autor, e nesse caso os indivíduos se vinculam a qualquer resultado do processo coletivo, mesmo no caso de sentença de improcedência[13].

14.4. LIMITAÇÃO TERRITORIAL DA COISA JULGADA

Segundo o art. 16 da LACP, "a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova". A presente redação do dispositivo legal decorreu da famigerada Lei 9.494/1997, e na primeira regra que consagra é absolutamente lamentável em virtude da tentativa de limitar a abrangência territorial da tutela coletiva. E, o que é ainda pior, a norma teria sido supostamente criada para a defesa de interesses fazendários...[14]

A referida Lei 9.494/1997 tem norma específica no mesmo sentido de limitação do alcance da sentença coletiva, no art. 2º-A: "A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator".

Por um lado, as previsões legais são claras afrontas a todas as tentativas legislativas voltadas à diminuição no número de processos, o que em última análise geraria uma maior celeridade naqueles que estiverem em trâmite, afrontando, inclusive, o próprio espírito da tutela coletiva[15].

Por outro lado, a exigência de diversas ações coletivas a respeito da mesma circunstância fático-jurídica poderá gerar decisões contraditórias, o que abalará a convicção da unidade da jurisdição, ferindo de morte o ideal de harmonização de julgados[16]. E, uma vez existindo várias decisões de diferente teor, também restará maculado o princípio da isonomia, com um tratamento jurisdicional distinto para sujeitos pela simples razão de serem domiciliadas em diferentes localidades[17].

[12] Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.688, p. 547; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 747.
[13] Mazzilli, *A defesa*, p. 563; Venturi, *Processo*, n. 11.4.4, p. 403.
[14] Grinover, A ação, p. 241; Leonel, Manual, p. 283.
[15] Grinover, A ação, p. 241.
[16] Mazzilli, A defesa, p. 291.
[17] Leonel, Manual, p. 284; Didier Jr.-Zaneti Jr., Curso, p. 148.

Até se poderia alegar que nesse caso o Estado – mais precisamente o Executivo, dado que a lei decorre de conversão da Medida Provisória 1.570/1997 – apenas adotou a regra que mais lhe pareceu interessante, ainda que computados os prejuízos de sua escolha. Nesse sentido, o Estado teria pesado todos os males advindos da multiplicação de processos coletivos – ofensa ao princípio da economia processual – e das eventuais decisões contraditórias – ofensa ao princípio da harmonização dos julgados –, e ainda assim teria feito a consciente opção pela regra consagrada no dispositivo legal ora comentado.

O alegado não deve de maneira alguma ser entendido como defesa da opção do legislador, até porque compartilho da corrente doutrinária amplamente majoritária que critica com veemência o art. 16 da LACP. A questão não é precisamente se pessoalmente gosto ou não da previsão legal, mas reconhecer a possível aplicação prática da regra se a única crítica for principiológica, fundada em ofensa clara, manifesta e injustificada aos princípios da economia processual e à harmonização dos julgados. Nada mais que uma, entre várias opções equivocadas de política legislativa.

Entretanto, mesmo nesse caso haverá uma nova e fatal crítica a respeito da conduta estatal: a clara e manifesta ofensa ao princípio do devido processo substancial (*substantive due process of law*)[18]. É natural que a liberdade legislativa estatal – ainda mais pelo caminho indevidamente tomado das medidas provisórias – encontra limites na proporcionalidade e razoabilidade, não se devendo admitir a elaboração de regras legais que afrontem tais princípios. As mais variadas críticas doutrinárias elaboradas contra a regra legal ora analisada dão uma mostra clara de sua irrazoabilidade.

Uma crítica mais severa, e não pela maior contundência ou maior acerto, mas porque inviabiliza na prática a aplicação da regra, é voltada para a impossibilidade material de se limitar territorialmente a coisa julgada material. Conforme ensina a melhor doutrina, se a coisa julgada representa a qualidade da sentença de mérito transitada em julgado, é materialmente impossível limitá-la a um determinado território, sendo algo similar a dizer que uma fruta só é vermelha em certo lugar do país[19].

E mesmo que se tente fugir dessa crítica, interpretando-se o dispositivo legal no sentido de que a limitação não deve atingir a coisa julgada material, conforme previsto, mas na realidade os efeitos da decisão, os mesmos doutrinadores demonstram a inadequação da pretendida limitação ao lembrar que os efeitos concretos da decisão operam em sentidos imprevisíveis e não podem ser limitados territorialmente pelo legislador. Da mesma forma que uma pessoa divorciada o será em todo o território nacional, a abrangência da sentença coletiva também irradiará seus efeitos no mundo prático em todo o território pátrio[20].

[18] Didier Jr.-Zaneti Jr., Curso, pp. 147-148.
[19] Marinoni-Arenhart, Manual, p. 748; Zavascki, Processo coletivo, pp. 78-79.
[20] Marinoni-Arenhart, Manual, p. 749.

A própria indivisibilidade do direito transindividual também é outro aspecto lembrado por grande parte da doutrina para demonstrar a incompatibilidade lógica da limitação territorial com essas espécies de direitos[21]. Basta imaginar um direito difuso, de toda a coletividade, sendo limitado a apenas um determinado território, o que feriria de morte a própria ideia de indivisibilidade que é essencial aos direitos transindividuais. Como pode uma propaganda ser considerada enganosa em um Estado da Federação, e não em outro? Um medicamento nocivo à saúde em um Estado da Federação, e não em outro? Um contrato de adesão ser nulo em um Estado da Federação e válido em outros?

Trago uma situação que vivi em minha atuação profissional para demonstrar que realmente, no que tange aos direitos difusos, somente quem tem nervos de aço consegue interpretar a norma ora criticada de forma a dar-lhe operatividade. O Ministério Público Estadual de uma determinada capital ingressou com ação coletiva para obrigar um fornecedor a dispor um telefone 0800 para os consumidores que, uma vez tendo adquirido o produto em telefonemas gratuitos, tinham que posteriormente reclamar por meio de telefonemas pagos, inclusive interurbanos.

Agora basta imaginar uma sentença de procedência diante de tal pedido. Ela teria efeito somente para os consumidores domiciliados na comarca em que tramitou a demanda judicial, ou, ainda, na melhor das hipóteses, no Estado em que a Comarca está contida? Instado a criar um telefone 0800, ele seria disponível somente para quem provasse ser domiciliado naquele determinado território? Consumidores de outro Estado receberiam uma mensagem gravada afirmando que o serviço para eles não funcionaria porque no seu Estado não teria o fornecedor sido condenado a oferecer o serviço 0800? Será no mínimo consideravelmente complicada a aplicação da regra do art. 16 da LACP em uma situação como essa.

Também interessante a tese de que a modificação legal tenha sido eficaz por ter modificado dispositivo que já não mais se encontrava em vigor[22]. Segundo esse entendimento, a partir do momento em que o CDC passou a regulamentar de forma exaustiva o tema da coisa julgada na tutela coletiva por meio do art. 103 do diploma legal, o art. 16 da LACP teria sido tacitamente revogado. Como o CDC é de 1990 e a mudança do art. 16 para a atual redação deu-se em 1997, a modificação teria sido ineficaz e, portanto, inaplicável.

Também no plano da ineficácia da modificação trazida ao art. 16 da LACP pela Lei 9.494/1997, pode-se afirmar que ela é inócua, considerando-se que o CDC não foi alterado nesse particular, e a disciplina dos arts. 93 e 103 é de aplicação integrada e subsidiária nas ações civis públicas de que cuida a Lei 7.347/1985 (art. 21 desta). O mesmo raciocínio é aplicado à ação popular, tendo em conta não ter sido alterado o sistema criado do art. 18 da Lei de Ação Popular, o que afasta nessa espécie de ação coletiva qualquer limitação territorial da coisa julgada material[23].

[21] Leonel, Manual, p. 284; Marinoni-Arenhart, Manual, p. 749; Mendes, Ações coletivas, p. 265.

[22] Mendes, Ações coletivas, p. 264.

Superadas as críticas fundadas na inaplicabilidade prática da regra limitadora da coisa julgada material a um determinado território, a doutrina segue para a tentativa de limitar sua aplicação, partindo-se da premissa de que, se a regra será aplicada, que faça o menor estrago possível.

As teses nascidas com tais propósitos, apesar de sempre terem um propósito nobre, nem sempre podem ser admitidas, como aquela que defende não ser a norma aplicável ao direito consumerista em razão da ausência de norma nesse sentido no CDC[24]. Não concordo com esse entendimento porque para ampará-lo seria necessário afastar a ideia de microssistema coletivo, com a interação das leis que versam sobre processo coletivo, em especial a LACP e o CDC. Seria indubitavelmente muito positivo para os consumidores, que teriam afastada a limitação territorial consagrada pelo dispositivo legal ora criticado, mas o preço de sacrificar a ideia de microssistema coletivo parece ser muito alto.

Há, entretanto, uma teoria que merece destaque. Em uma análise conjunta dos arts. 16 da LACP e art. 103 do CDC, afirma-se que o dispositivo legal só pode ser aplicado aos direitos difusos e coletivos. Segundo essa corrente doutrinária, como o art. 16 da LACP, além de criar a limitação territorial da coisa julgada material, prevê a coisa julgada *secundum eventum probationis*, deve-se aplicar a norma somente aos direitos que produzem essa forma especial de coisa julgada, o que não é o caso do direito individual homogêneo, conforme já verificado[25]. Essa teoria teve inclusive aceitação em julgamento do Superior Tribunal de Justiça, cuja relatoria coube à Ministra Nancy Andrighi[26].

Essa decisão, entretanto, foi reformada em julgamento de embargos de divergência interpostos contra o acórdão proferido no recurso especial, tendo a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça decidido que o art. 16 da LACP aplica-se a qualquer espécie de direito tutelado pelo microssistema coletivo, inclusive o direito individual homogêneo[27]. E decisões posteriores daquele tribunal infelizmente vinham confirmando o funesto entendimento[28].

Houve, entretanto, uma memorável e festejada mudança de posição adotada recentemente pela Corte Especial, com voto irrepreensível do Ministro Luiz Felipe Salomão, que atuou como relator. Em feliz consideração o Ministro relator afirma que a anterior posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, "em hora mais que ansiada pela sociedade e pela comunidade jurídica, deve ser revista

[23] Mazzilli, A defesa, p. 293.

[24] Marioni-Arenhart, Manual, p. 748.

[25] Grinover, A ação, p. 242. Com a mesma conclusão, mas por razões diversas, Zavascki, Processo, pp. 79-80.

[26] STJ, 3ª Turma, REsp 411.529/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.06.2008, *DJe* 05.08.2008.

[27] STJ, 2ª Seção, EREsp 411.529/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 10.03.2010, *DJe* 24.03.2010.

[28] STJ, 3 ª Turma, EDcl no REsp 167.328/SP, rel. Min. Paulo Tarso Sanseverino, j. 01.03.2011, *DJe* 16.03.2011; STJ, 4ª Turma, REsp 600.711/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 18.11.2011, *DJe* 24.11.2011.

para atender ao real e legítimo propósito das ações coletivas, que é viabilizar um comando judicial célere e uniforme – em atenção à extensão do interesse metaindividual objetivado na lide"[29].

Percebeu a histórica decisão que o art. 16 LACP confunde institutos distintos – coisa julgada e competência territorial –, o que pode levar à enganosa interpretação de que os efeitos da sentença podem ser limitados territorialmente, fazendo crer que a coisa julgada seja um efeito da sentença de mérito transitada em julgado, em tese absolutamente descartada em dias atuais.

O julgado adota corretas lições doutrinárias para reconhecer que nos direitos difusos e coletivos a limitação territorial sugerida pelo art. 16 da LACP é lógica e juridicamente inviável, considerando-se a natureza indivisível de tais direitos materiais[30]. Reconheceu também o absurdo da limitação sugerida no dispositivo legal, a permitir que um mesmo contrato possa ser nulo em um Estado da Federação e válido em outro, ou mesmo duas pessoas serem divorciadas apenas no foro da ação de divórcio, continuando casadas nos demais foros.

Valendo-se do microssistema coletivo, a celebrada decisão determinou a interpretação do art. 16 da LACP à luz dos arts. 93 e 103 do CDC, levandose em conta a extensão do dano e qualidade dos direitos postos em juízo. Conclui que, sendo o dano de escala local, regional ou nacional, o juízo, no comando decisório, sob pena de ser inócua a sua decisão, deve ter capacidade para recompor ou indenizar tais danos em suas abrangências territoriais, independentemente de qualquer limitação.

Após um momento de indefinição a respeito do tema no Superior Tribunal de Justiça, que mesmo depois do posicionamento da Corte Especial, continua a proferir decisões que aplicavam a limitação do art. 16 da Lei 7.347/1985[31] e outras que seguiam a orientação de afastar os limites territoriais[32], a jurisprudência do tribunal parece finalmente ter se consolidado pelo afastamento de referido dispositivo legal[33].

14.5. COISA JULGADA NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Não existe qualquer previsão expressa na Lei 8.429/1992 a respeito da coisa julgada material, mas tal omissão não gera consequências práticas. Adotando-se

[29] STJ, Corte Especial, REsp 1.243.887/PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19.10.2011, *DJe* 12.12.2011.

[30] STJ, 3ª Seção, CC 109.435/PR, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 22.09.2010, *DJe* 15.12.2010.

[31] STJ, 3.ª Turma, REsp 1.304.953/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.08.2014, *DJe* 08.09.2014; STJ, 2.ª Turma, AgRg no REsp 1.353.720/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 26.08.2014, *DJe* 25.09.2014.

[32] STJ, 2.ª Turma, AgRg no REsp 1.380.787/SC, Rel. Min. Og Fernandes, j. 19.08.2014, *DJe* 02.09.2014; STJ, 2.ª Seção, REsp 1.391.198/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 13.08.2014, *DJe* 02.09.2014.

[33] STJ, 1ª Turma, REsp 1.800.103/DF, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 13/08/2019; DJe 16/08/2019; STJ, 2ª Turma, AgInt no REsp 1.457.464/SP, rel. Min. Francisco Falcão, j. 13/12/2018, DJe 18/12/2018; STJ, 2ª Turma, REsp 1.746.416/PR, rel. Min. Herman Benjamin, j. 16/08/2018, DJe 13/11/2018; STJ, 3ª Turma, AgInt no REsp 1.633.392/PR, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 24/04/2018, DJe 30/04/2018.

a tese de ser a ação de improbidade administrativa uma ação coletiva, aplicam-se a ela as regras que compõem o microssistema coletivo, em especial aquelas que tratam da coisa julgada de decisões cujo objeto seja um direito difuso[34].

Registre-se posição doutrinária minoritária que defende a aplicação nessa espécie de ação coletiva do regime de coisa julgada material previsto no Código de Processo Civil, de forma a produzir coisa julgada material mesmo a sentença de improcedência fundada em ausência ou insuficiência de provas[35]. Também há parcela doutrinária que defende uma aplicação parcial do art. 104 do CDC, limitando-o ao pedido de reparação de danos, de modo que os pedidos sancionatórios não possam ser repetidos em outra ação de improbidade administrativa, ainda que a sentença de improcedência tenha decorrido da falta ou ausência de provas[36].

Esse segundo entendimento busca inverter o ônus gerado aos réus em ações coletivas quando o pedido for de aplicação das sanções político-administrativas. Apesar de me parecer, entre os dois posicionamentos, ser o mais adequado o segundo deles, decorrente da distinção das diferentes pretensões veiculadas em uma ação de improbidade administrativa, considero que esses entendimentos contrariam frontalmente a ideia do microssistema coletivo, e por isso não podem ser admitidos.

Por outro lado, é surpreendente que justamente as consequências mais sérias previstas para o agente ímprobo possam definitivamente ser afastadas em razão de sentença de improcedência derivada da insuficiência de provas. Como justificar a manutenção nos quadros da administração pública de agente notoriamente ímprobo apenas porque não se obteve a prova necessária para sua condenação, quando evidente que em uma eventual repropositura da ação tal prova seria obtida e consequentemente também sua condenação nas penas previstas no art. 12 da LIA?

14.6. COISA JULGADA NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Segundo o art. 22, *caput*, da Lei 12.016/2009, a coisa julgada material será limitada aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante. Conforme já analisado, o legislador limitou o objeto do mandado de segurança aos direitos coletivos e individuais homogêneos (art. 21, parágrafo único, da Lei 12.016/2009), e, partindo-se dessa premissa, o dispositivo legal ora mencionado não traz qualquer novidade ao sistema, devendo ser interpretado à luz do art. 103, II e III, do CDC.

Aduz esse dispositivo legal que a coisa julgada nos direitos coletivos se opera *ultra partes*, ou seja, atinge somente os terceiros vinculados ao grupo, classe ou

[34] Andrade-Masson-Andrade, Interesses, pp. 739-740; Decomain, Improbidade, 9.2.11, pp. 320-324; Sobrane, Improbidade, 12.4.2.2, pp. 261-262; Garcia-Alves, Improbidade, n. 17.2, p. 818; Ferraz, Aspectos, p. 415.

[35] Costa, O processo, pp. 306-310.

[36] Zavascki, Processo, p. 131; Oliveira, Improbidade, 10.5.6, pp. 394-395.

categoria que teve seu direito tutelado pela demanda coletiva. Prevê também que, nos direitos individuais homogêneos, a coisa julgada se opera *erga omnes*, mas, na realidade, a melhor interpretação do dispositivo legal não é a literal; a coisa julgada se opera *ultra partes*, porque não vincula a coletividade, mas somente os titulares dos direitos individuais que, somados, resultaram no direito individual homogêneo. Nesse sentido, já vinha decidindo o Superior Tribunal de Justiça[37].

Conforme se pode notar, os limites subjetivos da coisa julgada material traçados pelo art. 103, II e III, do CDC são exatamente aqueles assinalados pelo art. 22, *caput*, da Lei 12.016/2009. A adequação, entretanto, parte da premissa de que o objeto do mandado de segurança coletivo está limitado aos direitos coletivos e individuais homogêneos. Admitindo-se, como faz a melhor doutrina, o ingresso de mandado de segurança coletivo para tutelar direito difuso, será difícil explicar o artigo ora comentado, porque, tendo como titular do direito a coletividade, não há qualquer sentido lógico-jurídico limitar os efeitos da coisa julgada material aos "membros do grupo ou categoria". Partindo-se da premissa não desejada pelo legislador, no tocante aos direitos difusos, o art. 22, *caput*, da Lei 12.016/2009 torna-se inaplicável, devendo o operador valer-se do art. 103, I, do CDC, com geração de coisa julgada material *erga omnes*.

Apesar das críticas, entendo que, principalmente no tocante à defesa em juízo de direitos coletivos, o dispositivo é extremamente feliz. Como é corrente na doutrina, o direito coletivo é indivisível, de forma que não pode ser protegido para parcela do grupo, classe ou categoria, deixando outra parcela desprotegida. A redação do dispositivo legal não condiciona a geração da coisa julgada material somente aos membros ou associados da entidade autora, mas aos "membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante", o que deve ser interpretado como sujeitos que, fazendo parte ou não do sindicato ou associação, são integrantes do grupo ou categoria que tem seu direito coletivo discutido na demanda judicial. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu corretamente pela indivisibilidade do direito coletivo e, por essa razão, pela geração de efeitos a sujeitos que não sejam oficialmente vinculados ao autor do mandado de segurança coletivo[38].

A ausência de expressa menção à forma de operação da coisa julgada no mandado de segurança não impede a aplicação subsidiária do art. 103 do CDC, de modo que, também nessa espécie de ação coletiva, a coisa julgada material se opera *secundum eventum probationis*, sendo admissível a repropositura do mandado de segurança coletivo já julgado definitivamente improcedente, desde que com fundamento em prova nova[39]. A possibilidade de repropositura da ação coletiva nada tem a ver com os limites subjetivos da coisa julgada material coletiva, sendo absolutamente compatível a regra do art. 22, *caput*, da Lei 12.016/2009 como coisa julgada *secundum eventum probationis*.

[37] STJ, 4ª Turma, REsp 964.755/RN, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 04/08/2011, DJe 05/09/2011.

[38] STJ, 3ª Seção, AgRg no MS 13.505/DF, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 13.08.2008, *DJ* 18.09.2008, p. 159.

[39] Didier Jr.-Zaneti Jr., *O mandado*, pp. 233-234; Gomes Jr.-Favreto, *Comentários*, p. 203; Ferraresi, Do mandado, p. 125; Gajardoni, Comentários, p. 114.

Por outro lado, a coisa julgada coletiva do mandado de segurança opera-se *secundum eventum litis* no tocante à sua relação com as pretensões individuais. Significa que, julgado improcedente o mandado de segurança coletivo, por qualquer fundamento, a coisa julgada não vincula o indivíduo (a coisa julgada material coletiva só se opera *in utilibus*), que poderá livremente – desde que dentro do prazo decadencial de 120 dias – ingressar com mandado de segurança individual, ou qualquer outra ação judicial, postulando a tutela de seu direito individual[40]. Na realidade, até mesmo sindicato ou associação poderá funcionar nesse mandado de segurança individual ou em qualquer outra ação judicial como representante legal dos membros ou associados, mas sempre na tutela de direito individual.

Ocorre, entretanto, que a confusão entre a espécie de coisa julgada material (*pro et contra* e *secundum eventum litis in utilibus*) e sua extensão (*inter partes* e *ultra partes*) serviu de fundamento de decisão do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a previsão legal ora comentada criou um sistema de vinculação tácita e automática dos substituídos processuais, que suportarão a coisa julgada independentemente do teor da decisão da demanda, inclusive na denegação da ordem[41]. Esse entendimento, apesar de equivocado, é compartilhado por parcela da doutrina[42].

Registre-se, por fim, que a expressa menção do dispositivo ora analisado à limitação da coisa julgada material aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante não deve alterar a posição jurisprudencial[43] e doutrinária[44] que correta e sadiamente afasta do mandado de segurança coletivo a regra limitadora prevista no art. 2º-A da Lei 9.494/1997, que exige, para vinculação à coisa julgada, que os substituídos tenham, na data de propositura da ação, domicílio no âmbito de competência territorial do órgão prolator. A omissão legislativa, inclusive, corrobora esse entendimento, considerando-se que, se a vontade do legislador fosse repetir a regra limitadora, o teria feito expressamente.

[40] Nery-Nery, Código, p. 1.731; Didier Jr.-Zaneti Jr., O mandado, p. 233; Alvim, Aspectos, p. 128; Ferraresi, Do mandado, pp. 125-126; Andrade-Masson-Andrade, Interesses, 4.9.1, pp. 362-363; Klippel-Neffa Jr., Comentários, pp. 342-345.

[41] Informativo 486/STJ, 1ª Turma, RMS 34.270/MG, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 25.10.2011.

[42] Scarpinella Bueno, A nova, 58, pp. 135-136; Redondo-Oliveira-Cramer, Mandado, pp. 153-154.

[43] STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.472.329/CE, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 27/10/2015, DJe 05/11/2015.

[44] Zaneti Jr., Mandado de segurança coletivo, p. 172; Zavascki, *Processo*, p. 215.

15

LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA

Sumário: 15.1. Conceito de liquidez e obrigações liquidáveis – 15.2. Natureza jurídica da liquidação – 15.3. Legitimidade ativa – 15.4. Competência – 15.5. Espécies de liquidação de sentença – 15.6. Direito difuso e coletivo – 15.7. Direito individual homogêneo – 15.8. Liquidação individual das sentenças de direito difuso e coletivo.

15.1. CONCEITO DE LIQUIDEZ E OBRIGAÇÕES LIQUIDÁVEIS

Liquidar uma sentença significa determinar o objeto da condenação, permitindo-se assim que a demanda executiva tenha início com o executado sabendo exatamente o que o exequente pretende obter para a satisfação de seu direito. Apesar de ser pacífico na doutrina esse entendimento, há uma séria divergência a respeito de quais as obrigações podem efetivamente ser liquidadas.

Segundo a corrente ampliativa, a liquidação poderá ter como objeto qualquer espécie de obrigação, sendo possível liquidar a obrigação de fazer, não fazer, entrega de coisa e pagar quantia certa[1]. Outra corrente doutrinária entende serem excluídas do âmbito da liquidação algumas espécies de obrigação que materialmente não podem ser liquidadas, porque, sendo a certeza da obrigação precedente à liquidez, o que faltará a essas obrigações é a certeza, e não a liquidez. Tal circunstância se verifica nas obrigações de fazer e não fazer, porque a certeza de uma obrigação dessa espécie é justamente indicar o que deve ser feito ou o que deve deixar de ser feito[2].

Tratando-se de obrigação alternativa ou de entregar coisa incerta, ao título executivo não faltará propriamente liquidez, tanto que a demanda executiva poderá ser imediatamente proposta. A individualização do bem, disciplinada pelos arts.

[1] Araken de Assis, *Manual*, n. 52.1.2, p. 271; Mazzei, *Reforma*, pp. 155-158.
[2] Dinamarco, *Instituições*, n. 1.745, pp. 634-635.

811 a 813 do CPC, desenvolver-se-á por meio de um procedimento incidental na própria demanda executiva, sem que se confunda com a liquidação de sentença. Fenômeno similar ocorre na obrigação alternativa de entrega de coisa certa, na qual não se fará necessária a liquidação de sentença, mas a especificação do bem a ser entregue ao exequente (art. 800 do CPC). Por outro lado, na hipótese contemplada pelo art. 324, § 1º, I, do CPC (demanda que tenha como objeto uma universalidade de bens), parece correto concluir pela necessidade de liquidação, ainda que se trate de obrigação de entrega de coisa.

Para a corrente doutrinária restritiva, a liquidação de sentença é instituto processual privativo das obrigações de pagar quantia certa, inclusive como prevê a redação do art. 783 do CPC, que expressamente se refere a "cobrança de crédito", quando exige da obrigação a certeza, liquidez e a exigibilidade[3].

Por outro lado, o art. 509 do CPC é claro ao prever o cabimento da liquidação quando a sentença condenar ao pagamento de quantia ilíquida, limitando sem qualquer margem à dúvida a liquidação ao valor da obrigação, o que naturalmente afasta desse instituto jurídico o incidente de escolha de bens ou de concentração de obrigações[4]. A previsão legal impede que se confunda liquidação com outros fenômenos processuais, como o incidente de concentração de obrigação ou a escolha da coisa na obrigação de coisa incerta, mas excepcionalmente é possível a liquidação de obrigação de entrega de coisa, que não deve ser *a priori* excluída do âmbito da liquidação pela interpretação literal do art. 509 do CPC. Tal circunstância se verifica na condenação ilíquida de pedido que tenha como objeto a entrega de uma *universalidade de bens* (art. 324, § 1º, I, do CPC)[5].

Independentemente da interessante discussão acadêmica que se coloca sobre o tema, é evidente que nas ações coletivas a liquidação de sentença está invariavelmente – para não dizer sempre – voltada para as obrigações de pagar quantia certa.

15.2. NATUREZA JURÍDICA DA LIQUIDAÇÃO

Não resta dúvida de que a atividade desenvolvida na liquidação da sentença tem natureza cognitiva, já que nela não são praticados atos de execução. Na realidade, excepcionalmente a atividade cognitiva é dividida em duas fases: na primeira há a fixação do *an debeatur* e na segunda do *quantum debeatur*. A divisão dessa atividade em duas fases não é, naturalmente, capaz de afastar a sua natureza jurídica cognitiva.

A lição, tradicional e que não encontra resistência, é importante para justificar a opção do Código de Processo Civil de 2015 em não prever a liquidação

[3] Dinamarco, *Instituições*, p. 615; Theodoro Jr., *Processo*, n. 534, p. 623.

[4] Scarpinella Bueno, *A nova*, p. 39; Gusmão Carneiro, *Cumprimento*, p. 33.

[5] Araken de Assis, *Cumprimento*, p. 93. Wambier-Conceição, Ribeiro, Mello, *Primeiros*, p. 837, defendem o cabimento de liquidação para definir a extensão da obrigação não pecuniária.

da sentença no Livro II, destinado à execução. A liquidação de sentença vem prevista no Capítulo XIV do Título I (Do procedimento comum), da Parte Especial do Livro I (Do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença).

Compreende-se a opção do legislador porque, além da natureza não executiva da liquidação de sentença, por vezes a atividade cognitiva nela desenvolvida gera justamente a frustração da execução.

Deve-se atentar para o previsto no art. 515, § 1º, do CPC/2015, o qual prevê que, sendo o título executivo uma sentença penal condenatória, sentença arbitral, homologação de sentença estrangeira e a decisão interlocutória estrangeira, após a concessão do *exequatur* à carta rogatória pelo Superior Tribunal de Justiça, o demandado será citado para o cumprimento de sentença ou para a liquidação. Para alguns doutrinadores, esse dispositivo legal é suficiente para que se reconheça a manutenção, ainda que limitado a esses casos, do processo autônomo de liquidação[6]. Não me parece, entretanto, correto tal entendimento.

É natural que, sendo exigida a citação do demandado, o legislador deixe claro que por meio do pedido de liquidação dar-se-á vida a um novo processo, mas isso não é suficiente para concluir que esse novo processo seja um processo autônomo de liquidação. Explica-se. A liquidação nesse caso é a primeira fase procedimental de um processo que não se extingue com a definição do *quantum debeatur*, porque após essa definição se passará à fase de cumprimento de sentença. O processo, portanto, não é de liquidação, ao menos não é somente de liquidação, é de liquidação e de execução, processo sincrético, portanto.

Veja-se que o fato de a fase de liquidação ter sido ou não precedida por uma fase de conhecimento é irrelevante, porque não é a primeira fase do processo que determina a sua natureza. Somente na excepcional hipótese de essa fase de liquidação ser extinta por sentença que não permita o seu cumprimento estar-se-á diante de genuíno processo autônomo de liquidação, mas, como não se pode definir a natureza de um fenômeno levando-se em conta sua frustração, parece mais adequado o entendimento de que o processo autônomo de execução não existe mais.

Não há qualquer motivo razoável para que essa realidade não seja aplicável à liquidação de sentença coletiva. Ainda que seja necessária a extração de cópia da sentença para o ingresso de liquidações individuais, essa liquidação terá natureza jurídica de procedimento, com a distribuição livre do requerimento inicial apresentado pelo indivíduo beneficiado pela sentença coletiva. A necessidade de formação de novos autos no juízo em que tramitará a liquidação não prejudica em absolutamente nada a conclusão ora defendida, até porque a distinção entre processo e autos é conquista antiga da ciência processual. Novos autos, mesmo processo, nada inovador ou revolucionário.

[6] Didier Jr.-Braga-Oliveira, *Curso*, pp. 392-393; Flach, *A nova*, p. 33-34, apontando ainda para a autonomia da liquidação da sentença coletiva.

15.3. LEGITIMIDADE ATIVA

Já foi devidamente visto que a liquidação tem como objetivo fixar o *quantum debeatur*, sendo uma complementação da atividade cognitiva já iniciada com a condenação do réu. Não tem a liquidação qualquer função expropriatória, reservada ao momento de cumprimento da sentença. O interesse em obter o valor exato da condenação não é exclusivo do autor, que naturalmente terá tal interesse para que possa dar início ao cumprimento de sentença. Também o réu condenado tem interesse na liquidação, considerando-se que, ciente do valor exato de sua dívida, poderá quitá-la ou oferecer uma transação com base mais concreta[7].

Sendo de interesse tanto do vencedor como do vencido a fixação do valor da condenação, não resta nenhuma dúvida de que, ao menos como regra, tanto o credor como o devedor – assim reconhecidos no título executivo – têm legitimidade ativa para dar início à fase procedimental de liquidação de sentença, sendo nesse sentido a expressa previsão do art. 509, *caput*, do CPC/2015. Tendo a liquidação de sentença natureza declaratória, trata-se de ação (ou fase) dúplice, de forma que a posição no processo dos titulares da relação jurídica de direito material dependerá apenas de quem for mais rápido. Se o credor, como é o mais comum, ingressar com a liquidação, o devedor será o réu; se excepcionalmente o réu ingressar com a liquidação, o credor será o réu.

Sendo o credor o autor da liquidação, será cabível o cumprimento de sentença caso não haja a satisfação voluntária da obrigação. Sendo o devedor o autor da liquidação, será cabível a consignação em pagamento na hipótese de o credor não aceitar o pagamento.

15.4. COMPETÊNCIA

O vetado art. 97, parágrafo único, do CDC, além de prever a liquidação na forma de artigos, previa que a liquidação poderia ser promovida no foro do domicílio do liquidante. Lê-se das razões do veto: "Esse dispositivo dissocia, de forma arbitrária, o foro dos processos de conhecimento e de execução, rompendo o princípio da vinculação quanto à competência entre esses processos, adotado pelo Código de Processo Civil (art. 575) e defendido pela melhor doutrina. Ao despojar uma das partes da certeza quanto ao foro de execução, tal preceito lesa o princípio de ampla defesa assegurado pela Constituição (art. 5º, LV)".

Se as razões do veto já eram sofríveis à época, atualmente o são ainda mais, pois o art. 575 do CPC/1973, mencionado expressamente no veto, foi tacitamente revogado pelo art. 475-P do CPC/1973, com especial destaque para o parágrafo único do dispositivo.

[7] Dinamarco, *Instituições*, p. 620; Araken de Assis, *Manual*, p. 305; Pontes de Miranda, *Comentários*, v. 9, pp. 502-503.

A regra de que deva existir obrigatoriamente uma vinculação no mesmo juízo da atividade cognitiva e executiva é fundada em uma crença, que durante muito tempo e de maneira absolutamente equivocada foi considerada como verdade absoluta pelo legislador: o melhor juízo para executar uma sentença é aquele que a formou. Essa crença, entretanto, foi afastada – ao menos parcialmente – com a disposição contida no parágrafo único do art. 475-P do CPC/1973 e mantida no art. 516, parágrafo único, do CPC/2015.

Não há nenhuma norma expressa a respeito da competência para a liquidação de sentença, devendo-se analisar o momento procedimental no qual a liquidação ocorre para determinar o órgão jurisdicional competente.

Tratando-se de liquidação incidental em execução – fase de satisfação de sentença ou processo autônomo –, é natural que seja competente para conhecer da liquidação o próprio juízo no qual já tramita a demanda executiva. Tratando-se de liquidação que dá início a processo sincrético que buscará ao final a satisfação do direito do demandante, este deverá fazer um exercício de abstração, determinando qual seria o órgão competente para a execução daquele título caso não fosse necessária a liquidação. Por fim, tratando-se de liquidação entre a fase de conhecimento e a fase de execução, haverá *competência absoluta* – de caráter funcional – do juízo que proferiu a sentença ilíquida, não se aplicando ao caso o permissivo do art. 516, parágrafo único, do CPC/2015[8].

A existência de foros concorrentes para o cumprimento de sentença busca facilitar a satisfação do direito, permitindo ao demandante a escolha entre o juízo que formou o título, o foro do atual domicílio do executado, ou ainda o foro do local em que se encontrem seus bens (art. 516, parágrafo único, do CPC/2015). Essa facilitação da satisfação do direito, entretanto, nada tem a ver com a liquidação da sentença, entendida como atividade cognitiva integrativa da sentença genérica proferida no encerramento da primeira fase de natureza cognitiva. É natural, portanto, que, havendo entendimento corrente no sentido de que a sentença ilíquida que condena e a decisão da liquidação completam um todo – tanto é assim que em regra serão uma só decisão, com a exata determinação do *an debeatur* e do *quantum debeatur* –, o juízo que exerceu a função judicante nessa primeira fase de solução da lide automaticamente se tornará competente para a segunda fase, em nítida ocorrência de competência funcional[9].

Entendo que o mesmo raciocínio deve ser aplicado à execução coletiva de sentença coletiva genérica. Nesse caso, ainda que a execução se mostre mais adequada em um dos foros previstos pelo art. 516, parágrafo único, do CPC/2015, não existe qualquer razão para admitir a liquidação da sentença em outro juízo que não aquele que formou o título executivo. O raciocínio, insisto, é exatamente o mesmo da tutela individual.

[8] Contra: Nery-Nery, *Código*, p. 722.

[9] Lucon, *Código*, p. 1.789; Didier Jr.-Braga-Oliveira, *Curso*, pp. 395-396; Abelha Rodrigues, *Manual*, pp. 451-452.

Na liquidação individual da sentença coletiva genérica, entretanto, a regra deve ser outra em razão das particularidades dessa espécie de liquidação. Primeiro, que a vantagem de ter o mesmo juízo nas fases de conhecimento e de liquidação de sentença não existe no caso apresentado, considerando-se que na liquidação imprópria o juízo não se limitará a fixação do *quantum debeatur*, também analisando a titularidade do direito, o que dependerá de uma análise individualizada da situação do liquidante. Por outro lado, há vantagens práticas inegáveis em admitir a liquidação no foro do indivíduo: (i) para o indivíduo facilita a propositura da liquidação, em nítido atendimento do princípio do acesso à ordem jurídica justa; (ii) para o Estado, evita-se a concentração em um mesmo juízo de quantidade considerável de liquidações individuais, o que poderia até mesmo inviabilizar o andamento dos processos nesse cartório[10].

Pelas razões expostas, deve ser elogiado o entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema, no sentido de admitir como competente para a liquidação individual da sentença coletiva o foro do domicílio do liquidante[11].

15.5. ESPÉCIES DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA

Com a correta exclusão da "liquidação por mero cálculo aritmético" do Código de Processo Civil de 2015, os dois incisos do art. 509 do CPC/2015 preveem apenas a liquidação: (I) por arbitramento e (II) pelo procedimento comum. O legislador parece ter acabado com as diferentes espécies de liquidação de sentença, limitando-se a prever dois diferentes procedimentos: liquidação por arbitramento quando determinado pela sentença, convencionado pelas partes ou exigido pela natureza do objeto da liquidação, e liquidação pelo procedimento comum, quando houver necessidade de alegar e provar fato novo (antiga liquidação por artigos).

Sempre se entendeu que a liquidação prevista pelo CPC/1973 como liquidação por mero cálculo aritmético era uma pseudoliquidação, já que supostamente estar-se-ia a liquidar o que já era líquido, considerando que a liquidez da obrigação é sua determinabilidade e não sua determinação. Significa dizer que sendo possível se chegar ao valor exequendo por meio de um mero cálculo aritmético, a obrigação já será líquida e por tal razão seria obviamente dispensada a liquidação de sentença.

O § 2.º do art. 509 do CPC/2015 é extremamente feliz ao prever que quando a apuração do valor depender apenas de cálculo aritmético, o credor poderá promover, desde logo, o cumprimento da sentença. Para facilitar a elaboração

[10] Cavalieri, Programa, p. 360. No mesmo sentido Leonel, Manual, p. 379.

[11] *Informativo* 452/STJ: 3ª Turma, REsp 1.098.242/GO, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21.10.2010; *Informativo* 422/STJ: 3ª Seção, CC 96.682-RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 10.02.2010.

de tal cálculo o § 3º do mesmo dispositivo prevê que o Conselho Nacional de Justiça desenvolverá e colocará à disposição dos interessados programa de atualização financeira.

Independentemente da espécie de liquidação de sentença cabível no caso concreto, o art. 509, § 1.º, do CPC/2015 consagra a teoria dos capítulos da sentença, permitindo à parte concomitantemente liquidar capítulo ilíquido e executar capítulo líquido.

Os únicos dispositivos do CDC que mencionam a liquidação de sentença coletiva estão concentrados no capítulo que trata das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos, nada havendo em termos de previsão legal quanto aos direitos difusos e coletivos. Nas demais leis que compõem o microssistema coletivo não há preocupação com a regulamentação da liquidação de sentença.

Entendo que essa opção legislativa tenha razão de ser, considerando-se não haver realmente qualquer especialidade procedimental nas liquidações de sentença proferidas em ações que versam sobre direitos difusos e coletivos. O interesse maior, portanto, fica por conta da liquidação das sentenças coletivas que tenham como objeto direito individual homogêneo, que só tem tutela legal no Código de Defesa do Consumidor.

Havendo sentença de procedência ilíquida em ação coletiva que verse sobre direito difuso e coletivo, a liquidação pode se dar por arbitramento, quando for necessária apenas a realização de uma prova pericial, ou por artigos, quando for preciso a alegação e prova de um fato novo. Não há, na realidade, qualquer especialidade nesse tocante.

Na hipótese de direito individual homogêneo, existe debate doutrinário a respeito da espécie de liquidação. Ressalte-se que o art. 97, parágrafo único, do CDC indicava expressamente a liquidação por artigos, mas, como foi objeto de veto presidencial, não pode ser utilizado na solução do impasse.

Há corrente doutrinária que defende o cabimento de ambas as formas genuínas de liquidação existentes no sistema processual, tudo a depender das exigências do caso concreto. Para essa corrente, será possível tanto determinar o valor mediante a simples produção de uma prova pericial – liquidação por arbitramento – ou pela produção de prova referente a fato novo – liquidação por artigos.

Prefiro o entendimento contrário, no sentido de que a liquidação será necessariamente por artigos, sendo sempre indispensável a prova de fato novo. E essa exigência decorre da especial natureza da liquidação de sentença fundada em direito individual homogêneo, que inclusive leva a melhor doutrina a defender ser tal liquidação uma forma de "liquidação imprópria"[12].

[12] Pizzol, Liquidação, p. 194; Wambier, Liquidação, p. 380.

É até possível defender, diante das razões do veto, que, mesmo diante do veto presidencial ao art. 97, parágrafo único, do CDC, a regra referente à espécie de liquidação sobreviveu implicitamente. A norma tratava da espécie de liquidação e da competência, e as razões do veto limitaram-se às críticas quanto à parte da regra que tratava da competência, não havendo qualquer menção à expressa previsão da forma de artigos como a única adequada à liquidação de sentença fundada em direito individual homogêneo.

15.6. DIREITO DIFUSO E COLETIVO

Independentemente de ser determinado ou genérico o pedido do autor, há hipóteses em que simplesmente não é possível a fixação do valor da obrigação no momento de se decidir o pedido do autor. Vai nesse sentido o art. 491, I, do CPC, ao prever a possibilidade de prolação de sentença ilíquida se não for possível determinar, de modo definitivo, o montante devido.

Por outro lado, e isso também independe de o pedido formulado pelo autor ser genérico ou determinado, pode valer a pena a prolação da sentença ilíquida quando o processo já estiver pronto para a decisão sobre o *an debeatur*, mas ainda depender de atos processuais complexos e demorados a fixação do *quantum debeatur*. Nesse caso, não há sentido em se postergar a decisão sobre ambos os aspectos da obrigação, sendo nesse sentido o inciso II do art. 491 do CPC ao prever a possibilidade de prolação de sentença ilíquida quando a apuração do valor devido depender da produção de prova de realização demorada ou excessivamente dispendiosa, assim reconhecida na sentença.

De qualquer forma, nas ações que têm por objeto direito difuso e coletivo é plenamente possível que a sentença seja líquida, independentemente de o pedido ser determinado ou genérico. Como também é possível, nos termos dos incisos I e II do art. 491 do CPC, ser proferida sentença ilíquida. Nesse caso, como admitido em lei, far-se-á necessária a fase de liquidação de sentença, mas, justamente por não ter qualquer especialidade, seguirá a forma de arbitramento ou artigos, a depender das exigências do caso concreto.

15.7. DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO

No tocante às ações coletivas que tenham como objeto um direito individual homogêneo, aparentemente a situação é outra. Ainda que materialmente possível um pedido determinado, tudo leva a crer que o pedido nesse tipo de ação seja genérico, até mesmo para que os indivíduos beneficiados com a decisão a liquidem no futuro para aferirem os danos individuais suportados por cada um deles. Conforme já afirmado, sendo o pedido indeterminado admitir-se-á a prolação de sentença ilíquida.

A doutrina majoritária entende no sentido do texto, por vezes até mesmo afirmando que a sentença genérica é a única possível, nos termos do art. 95 do

CDC[13]. Essa mesma doutrina, entretanto, lembrava na vigência do CPC/1973 que na realidade a sentença genérica é apenas a regra, sendo admissível, ainda que excepcionalmente, a prolação de sentença líquida, como, por exemplo, em uma sentença que tenha condenado o Instituto de Previdência a pagar, a cada um dos aposentados, uma quantia específica, atualizada a partir de determinada data, o que exigirá apenas a elaboração de um cálculo aritmético por cada um dos tutelados, processando-se a liquidação de acordo com o art. 475-B do CPC/1973[14]. Diante do Código de Processo Civil de 2015 essa sentença deve ser considerada líquida, nos termos do art. 509, § 2º, o que corrobora a conclusão de que em ações coletivas que versam sobre direito individual homogêneo a sentença será sempre ilíquida.

E mesmo que admitida a excepcionalidade de uma sentença líquida, em regra a sentença será genérica e demandará uma fase de liquidação. Interessante notar que essa liquidação, a ser realizada pelos indivíduos que se beneficiaram da sentença coletiva, será mais ampla em termos de cognição do que uma tradicional liquidação de sentença. Tanto assim que a doutrina chama tal liquidação de "liquidação imprópria".

A especialidade dessa espécie de liquidação é que esta não se limitará a revelar o valor do débito devido pelo réu em favor do autor, mas também deverá ser reconhecida a titularidade desse direito, única forma de a sentença coletiva aproveitar ao indivíduo[15]. O objeto da liquidação, portanto, será mais amplo que aquele existente na liquidação de sentença tradicional.

15.8. LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL DAS SENTENÇAS DE DIREITO DIFUSO E COLETIVO

Conforme já afirmado, a liquidação coletiva da sentença genérica proferida em ação coletiva de direitos difusos e coletivos não tem qualquer especialidade. Ocorre, entretanto, que essa sentença também poderá ser utilizada por indivíduos que foram prejudicados pela mesma situação fático-jurídica que tenha levado o réu a ser condenado na ação coletiva. Nesse caso, haverá tantas liquidações individuais quantos forem os indivíduos nessa situação.

Note-se que nos direitos individuais homogêneos a ação coletiva é voltada para a prolação de uma sentença que seja aproveitada individualmente por cada indivíduo lesionado, daí ser uma consequência natural nesse caso o oferecimento de liquidações individuais. Como o objetivo é tutelar os indivíduos, a sentença é proferida com a missão de servir de título executivo, ainda que representativo de obrigação ilíquida, para todos os titulares do direito individual homogêneo.

[13] Wambier, Liquidação, p. 371; Grinover, Código, p. 152; Marinoni-Arenhart, Manual, p. 740; Cavalieri, Programa, p. 358.

[14] Wambier, Liquidação, p. 373.

[15] Grinover, Código, p. 154. No mesmo sentido: Marinoni-Arenhart, Manual, p. 741; Mancuso, Manual, pp. 181-182.

Já nos direitos difusos e coletivos o objetivo é tutelar a coletividade ou uma comunidade, de forma que a sentença é proferida para ser executada – e eventualmente liquidada – em favor dos titulares desses direitos. Significa que o benefício a indivíduos é somente residual, não sendo essa a preocupação da demanda judicial. Os indivíduos, portanto, poderão se aproveitar da sentença coletiva, como se nesse caso houvesse uma condenação implícita do réu a ressarci-los.

Nesse caso, a liquidação terá objeto cognitivo muito próximo das liquidações individuais de sentença fundada em direito individual homogêneo. Novamente caberá ao autor da liquidação provar não só o valor do dano, mas também a existência desse dano e a correlação entre o dano individualmente suportado e a situação fático-jurídica reconhecida na sentença coletiva como fundamento da procedência.

16

EXECUÇÃO

Sumário: 16.1. Introdução: 16.1.1. Processo de execução e cumprimento de sentença; 16.1.2. Execução por sub-rogação e indireta – 16.2. Legitimidade ativa – 16.3. Direitos difusos e coletivos – 16.4. Direitos individuais homogêneos: 16.4.1. Introdução; 16.4.2. Execução por *fluid recovery*; 16.4.3. Legitimidade – 16.5. Regime jurídico das despesas e custas processuais.

16.1. INTRODUÇÃO

16.1.1. Processo de execução e cumprimento de sentença

É preciso afirmar, primeiramente, que toda a análise entre execução autônoma e fase executiva só tem sentido no tratamento da execução dos títulos executivos judiciais, considerando-se que no tocante à execução de títulos extrajudiciais será sempre necessária a instauração de um processo autônomo de execução. É no tocante à execução do título executivo judicial que o direito brasileiro ingressou recentemente em uma nova era, que demanda breves explicações históricas para determinar de onde viemos, aonde chegamos e por que aí chegamos.

Tradicionalmente, o direito brasileiro exigia para a execução de títulos executivos judiciais um processo autônomo, de forma que a parte, após a obtenção do título executivo no processo de conhecimento, via-se obrigada a propor um novo processo, agora de natureza satisfativa. A era da autonomia exigia a existência de dois processos distintos e sucessivos: primeiro se declarava o direito e se condenava o réu ao cumprimento de uma obrigação (processo de conhecimento) e, posteriormente, se buscava a satisfação da obrigação (processo de execução).

A lição tradicional ensina que o processo de execução se desenvolve de forma autônoma, constituindo um ente à parte dos processos de conhecimento e cautelar. Entendia-se, portanto, que o processo de execução não poderia ser considerado como mero ciclo final do processo de conhecimento. A justifica-

tiva para a autonomia do processo executivo, como inicialmente imaginado pelos doutrinadores que trataram do tema, encontrava-se alicerçada em duas justificativas fundamentais: (a) a diversidade de atividades jurisdicionais (no processo de conhecimento são desenvolvidas atividades cognitivas; enquanto no processo de execução são praticadas atividades práticas e materiais); e (b) os diferentes objetivos traçados para cada uma dessas atividades na solução de diferentes espécies de crises jurídicas (no processo de conhecimento objetiva-se reconhecer o direito do autor e, dependendo do caso, constituir uma nova relação jurídica ou condenar o réu; no processo de execução objetiva-se satisfazer o direito do exequente)[1].

Ainda se mencionava a formação de uma nova relação jurídica processual, independente e, porventura, diferente daquela formada no processo de conhecimento.

É importante observar que, mesmo na era da autonomia das ações, excepcionalmente já existia a agora chamada "ação sincrética", consubstanciada em um processo com duas fases procedimentais sucessivas: a primeira de conhecimento e a segunda de execução. Sempre foram – e continuam sendo – sincréticas as ações possessórias e as ações de despejo, por exemplo, nas quais a satisfação da sentença sempre foi – e continua sendo – realizada por meio de uma mera fase procedimental. Mas a possibilidade de execução sem a necessidade de processo autônomo sempre foi vista com reservas, sendo restrita a pouquíssimas espécies de procedimento.

Em 1990, o art. 84 do CDC passou a prever ações sincréticas para as *demandas coletivas* que tenham como objeto a condenação do réu ao cumprimento de uma *obrigação de fazer/não fazer*, no que foi acompanhado quatro anos mais tarde pelo art. 461 do CPC/1973, responsável pela previsão de tutela da mesma espécie de obrigação no âmbito *do processo individual*. Significa dizer que a partir de 1994 todas as ações que tenham como objeto uma obrigação de fazer/não fazer passaram a não mais ser regidas pelo sistema de autonomia das ações, passando a serem todas elas consideradas "ações sincréticas".

Também é do ano de 1994 a inclusão em nosso sistema do instituto da *tutela antecipada* (art. 273 do CPC/1973), que permite uma execução das decisões que a concedem independentemente de processo autônomo de execução, conforme analisado no Capítulo 12, item 12.2.3. A não aplicação da teoria da autonomia das ações à tutela antecipada ficou clara quando o legislador preferiu utilizar o termo "efetivação" em vez de "execução" no art. 273, § 3.º, do CPC/1973, caracterizando uma tentativa semântica para afastar o instituto processual do processo autônomo da execução.

No ano de 1995, a Lei 9.099, que regulamentou o *procedimento sumaríssimo* dos Juizados Especiais, aboliu o processo de execução de títulos executivos

[1] Liebman, *Processo*, pp. 37-38.

judiciais, tornando toda a demanda condenatória em trâmite perante os Juizados uma ação sincrética. Independentemente da natureza da obrigação, qualquer sentença que demande execução passou no sistema dos Juizados a ser executada mediante uma mera fase procedimental subsequente à fase de conhecimento[2].

No ano de 2002, com o art. 461-A do CPC/1973 incluído pela Lei 10.444, a realidade das ações sincréticas passou a valer também para todas as demandas judiciais que tenham como objeto uma *obrigação de entrega de coisa*. E, completando o ciclo de mudança de paradigma, no ano de 2005 a Lei 11.232, tornou sincrética a maioria das ações judiciais que tenham como objeto uma *obrigação de pagar quantia certa*.

Com a alteração legislativa empreendida pela Lei 11.232/2005, a regra e a exceção se inverteram. Verificando-se na praxe forense as dificuldades criadas pela autonomia do processo de execução, que costuma arrastar ainda mais alguns anos a satisfação do direito, o legislador resolveu definitivamente colocar a técnica de lado ao prever de forma genérica a ideia da ação sincrética, limitando a utilização do processo autônomo de execução tão somente àquelas hipóteses nas quais não é possível a adoção do procedimento de cumprimento de sentença.

A regra de nosso sistema passou a ser a execução imediata, por mera fase procedimental, enquanto somente em situações excepcionais o título executivo será executado por meio de um processo autônomo. Como se nota, a Lei 11.232/2005 não criou as ações sincréticas, sendo na realidade o ato final de uma transformação sistêmica iniciada em 1990. Também não extinguiu o processo autônomo de execução de título judicial[3], porque, ainda que excepcionalmente, ele continuava a existir na execução de pagar quantia certa contra a Fazenda Pública, execução contra devedor insolvente e, ao menos para parcela da doutrina[4], para a execução de alimentos.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, essas duas espécies de execução especiais passam a se desenvolver por cumprimento de sentença, ainda que mantendo a especialidade de seus procedimentos. Como o mencionado diploma legal não prevê mais a execução contra devedor insolvente, é possível concluir que todas execuções fundadas em título executivo judicial passam a se desenvolver por meio do cumprimento de sentença.

Quanto a essa conclusão, entretanto, há uma observação necessária. O art. 515, § 1º, do CPC/2015 prevê uma especialidade procedimental na execução de quatro espécies de títulos executivos judiciais: sentença penal condenatória transitada em julgado, homologação de sentença estrangeira, de decisão interlocutória estrangeira e de sentença arbitral. Para essas três espécies de títulos executivos judiciais, o legislador prevê a citação do demandado, o que pode levar à equivocada conclusão de que nessas situações estará mantido o processo

[2] Câmara, *Juizados*, pp. 176-177.

[3] De forma equivocada, Fidélis dos Santos, *As reformas*, n. 20, p. 26.

[4] Theodoro Jr., *Processo*, n. 333, p. 391; Nery e Nery, *Código*, p. 1.068.

autônomo de execução com a observação do procedimento comum executivo. Por necessidade material na sentença penal e arbitral e por opção legislativa na homologação de sentença estrangeira, o legislador prevê a necessidade de uma petição inicial e a citação do demandado, o que torna estruturalmente essa execução um processo autônomo.

Ocorre, entretanto, que não é possível aplicar nessas situações o procedimento do processo de execução, sob pena de tornar heterogênea a execução dos títulos judiciais, com a criação de títulos de segunda classe, para os quais a execução tem um procedimento menos favorável ao demandante. Como não parece legítimo nem conveniente tal tratamento heterogêneo, entendo que estruturalmente, com a petição inicial e a citação, estar-se-á diante de um processo autônomo de execução, mas que o procedimento a partir da citação do executado passa a ser de cumprimento de sentença[5]. Tem-se assim estruturalmente um processo e procedimentalmente um cumprimento de sentença.

Cumpre registrar que *cumprimento de sentença*, termo utilizado de forma indistinta para a sentença condenatória que tenha como conteúdo uma obrigação de qualquer natureza, é expressão cunhada pelo legislador tão somente com o objetivo de distinguir a fase de satisfação do direito com o processo autônomo de satisfação do direito, chamado de processo de execução. Poderia ter optado por qualquer outro nome, até mesmo *fase de satisfação de direito*, porque o nome não modificará a substância do instituto processual, que nada mais é do que o tratamento procedimental da forma processual em que se busca a satisfação de um direito já reconhecido em sentença[6]. De qualquer forma, o termo *cumprimento de sentença* busca a distinção, inclusive terminológica, com o processo de execução, objetivando evitar indevidas confusões entre os dois fenômenos processuais.

16.1.2. Execução por sub-rogação e indireta

Existem dois meios técnicos para o desenvolvimento da execução, sendo que tradicionalmente o direito brasileiro se vale da execução por sub-rogação, sendo inclusive durante muito tempo entendida essa forma executiva como a única espécie de execução forçada possível. Na execução por *sub-rogação*, o Estado vence a resistência do executado substituindo sua vontade, com a consequente satisfação do direito do exequente[7]. Mesmo que o executado não concorde com tal satisfação, o juiz terá à sua disposição determinados atos materiais que, ao substituir a vontade do executado, geram a satisfação do direito. Exemplos classicamente lembrados são a penhora/expropriação; depósito/entrega da coisa; atos materiais que são praticados independentemente da concordância ou resistência do executado.

[5] Gusmão Carneiro, *Cumprimento*, p. 80; Theodoro Jr., *As novas*, p. 153; Câmara, *A nova*, pp. 107-108.
[6] Araken de Assis, *Manual*, n. 17, pp. 114-115; Abelha Rodrigues, *A terceira*, pp. 115-116.
[7] Dinamarco, *Instituições*, n. 1.330, p. 47; Theodoro Jr., *Processo*, n. 13, p. 53.

Na *execução indireta*, o Estado-juiz não substitui a vontade do executado; pelo contrário, atua de forma a convencê-lo a cumprir sua obrigação, com o que será satisfeito o direito do exequente. O juiz atuará de forma a pressionar psicologicamente o executado para que ele modifique sua vontade originária de ver frustrada a satisfação do direito do exequente[8]. Sempre que a *pressão psicológica* funciona, é o próprio executado o responsável pela satisfação do direito; a satisfação será voluntária, decorrente da vontade da parte, mas obviamente não será espontânea, considerando-se que só ocorreu porque foi exercida pelo Estado-juiz uma pressão psicológica sobre o devedor.

Existem duas formas de execução indireta.

A primeira consubstancia-se na ameaça de piorar a situação da parte caso não cumpra a obrigação, como ocorre com as *astreintes*, multa aplicável diante do descumprimento da obrigação, ou ainda com a prisão civil na hipótese do devedor inescusável de alimentos. A prisão em casos que não tenham como objeto a dívida alimentar, mesmo que com fundamento no crime de desobediência (art. 330 do CP), é rejeitada pelo Superior Tribunal de Justiça[9].

A multa coercitiva pode ser aplicada tanto para pressionar o devedor a cumprir uma decisão interlocutória que concede tutela de urgência quanto para cumprir uma sentença que julga procedente o pedido do autor. Questão que causa séria divergência na doutrina pátria refere-se ao momento a partir do qual a multa torna-se exigível. Em outras palavras, a partir de qual momento a parte beneficiada com o crédito gerado pela frustração da multa poderá executá-lo?

Para parcela da doutrina, a multa é exigível a partir do momento em que a decisão que a fixa torna-se eficaz, ou porque não foi recorrida ou porque foi impugnada por recurso sem efeito suspensivo[10]. Essa exigibilidade permitiria a execução imediata de crédito decorrente da multa frustrada fixada em decisão ainda não definitiva, inclusive a decisão interlocutória que concede a tutela antecipada, o que só pode ser compreendido com a possibilidade de execução provisória do crédito[11].

Para essa corrente doutrinária, a necessidade de exigibilidade imediata resulta da própria função coercitiva da multa, porque a necessidade de aguardar a definitividade da decisão, que só ocorrerá com o advento da coisa julgada material, seria extremamente contrária à necessidade de pressionar efetivamente o devedor a cumprir a obrigação. Uma perspectiva de remota execução não seria suficiente para exercer a pressão psicológica esperada das *astreintes*[12].

Para outra corrente doutrinária, deve-se aguardar o trânsito em julgado para que se possa exigir o crédito gerado pela frustração da multa. Essa corrente dou-

[8] Dinamarco, *Instituições*, n. 1.330, pp. 47-48.
[9] *Informativo* 517/STJ, 3.ª Turma, RHC 35.253-RJ, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 05.03.2013.
[10] Scarpinella Bueno, *Código*, p. 1.413.
[11] Theodoro Jr., *Processo*, n. 474, p. 558.
[12] Talamini, *Tutela*, n. 9.7, pp. 254-255.

trinária entende que a mera ameaça de aplicação da multa, independentemente do momento em que o crédito gerado por sua frustração passará a ser exigível, já é suficiente para configurar a pressão psicológica pretendida pelo legislador[13]. Por outro lado, como só deve pagar a multa a parte definitivamente derrotada na demanda judicial – o que só será conhecido com o trânsito em julgado –, cabe aguardar esse momento procedimental para admitir a execução da multa[14].

Numa tentativa de se achar um meio termo entre a executabilidade imediata, fundada na maior eficácia da multa, e a executabilidade condicionada ao trânsito em julgado, em prestígio à segurança jurídica, o Superior Tribunal de Justiça passou a entender que a multa fixada em sede de tutela antecipada só poderia ser executada após a sua confirmação em sentença, e desde que o recurso contra essa decisão não tenha efeito suspensivo[15]. Registre-se que a ausência do efeito suspensivo não chegava a ser um problema, porque ele só poderia ser obtido excepcionalmente no caso concreto (efeito suspensivo *ope iudicis*). O equilíbrio buscado entre a eficácia da multa e a segurança jurídica foi alcançado de outra forma pelo art. 537, § 3º, do CPC.

Inicialmente, a previsão do dispositivo legal deve ser saudada por duas razões. Primeiro, porque consagra expressamente a eficácia imediata da multa, em nítido prestígio da efetividade desse meio executivo[16]. Segundo, porque deixa claro que a execução definitiva dessa multa depende do trânsito em julgado da sentença, afastando indevida confusão entre executabilidade e provisoriedade sentida em algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça.[17]

Apesar de consagrar a eficácia imediata da multa, o § 3º do art. 537 do CPC consagra um cumprimento de sentença incompleto, já que exige para o levantamento dos depósitos realizados em juízo o trânsito em julgado de sentença favorável à parte.

O único ato vedado pela norma comentada na execução provisória da multa é o levantamento de valores, de forma que, sendo penhorado qualquer outro bem que não seja dinheiro, deverá ocorrer normalmente sua expropriação, permanecendo o valor recebido depositado em juízo à espera do trânsito em julgado.

O legislador aparentemente encontrou uma solução que prestigia a efetividade e a segurança jurídica. A executabilidade imediata reforça o caráter de pressão psicológica da multa porque o devedor sabe que, descumprida a decisão em tempo breve, poderá sofrer desfalque patrimonial. Por outro lado, ao exigir para o levantamento de valores em favor do exequente o trânsito em julgado o legislador prestigia a segurança jurídica.

[13] Marinoni, *Tutela*, n. 3.27.1.6, p. 222.

[14] Dinamarco, *Instituições*, n. 1.637, p. 474.

[15] *Informativo* 546/STJ, Corte Especial, REsp 1.200.856/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 1.º.07.2014; Informativo 511/STJ, 4ª Turma, REsp 1.347.726-RS, rel. Min. Marco Buzzi, j. 27.11.2012.

[16] Bueno, *Código*, p. 1.413; Theodoro Jr., *Processo*, n. 474, p. 558; Talamini, *Tutela relativa*, n. 9.7, pp. 254-255.

[17] Informativo 422/STJ, 1.ª Turma, REsp 1.098.028/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 09.02.2010; STJ, 3.ª Turma, AgRg no REsp 1.116.800/RS, rel. Min. Massami Uyeda, j. 08.09.2009, DJe 25.09.2009.

Tenho sérias dúvidas a respeito da aplicabilidade da norma legal ora comentada no processo coletivo, considerando que o microssistema coletivo tem regra a respeito do tema em outro sentido, exigindo o trânsito em julgado para que a multa fixada durante o processo possa ser executada. Dessa forma, na ação civil pública (art. 12, § 2.º, da Lei 7.347/1985), nas demandas regidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (art. 213, § 3.º, da Lei 8.069/1990) e nas demandas reguladas pelo Estatuto do Idoso (art. 83, § 3.º, da Lei 10.741/2003), a multa só será exigível após o trânsito em julgado da decisão.

Não posso deixar de registrar minha profunda lamentação por tal solução, porque no processo coletivo, no qual se tutelam direitos indisponíveis e disponíveis com repercussão social, a eficácia da multa é ainda mais relevante. Condicionar sua executabilidade ao trânsito em julgado é em grande medida frustrar a expectativa de que a multa cumpra sua função de pressionar psicologicamente o devedor a cumprir a obrigação. As regras presentes no microssistema coletivo, entretanto, não deixam margem a outra interpretação.

Conforme consta do dispositivo ora analisado, é possível o levantamento do dinheiro antes do trânsito em julgado, bastando para isso estar pendente de julgamento o agravo contra recurso especial e recurso extraordinário. A permissão legal dá-se em razão das chances mínimas de sucesso de tal recurso, assumindo o legislador nesse caso o risco por um levantamento antes do trânsito em julgado.

Apesar de raro, é possível que tal recurso seja provido e tal situação deve ser considerada. Sendo por meio de decisão definitiva demonstrado não assistir razão à parte que teria sido beneficiada pela multa, na hipótese de a multa ainda não ter sido cobrada, esta perderá seu objeto. Já tendo sido executada, com a satisfação do credor, caberá a repetição de indébito. Ainda que existisse uma decisão do juiz à época da fixação da multa que deveria ter sido cumprida, se posteriormente essa decisão mostrou-se contrária ao direito, não há mais nenhuma justificativa para a manutenção das consequências do inadimplemento da obrigação[18].

Nos termos do art. 517 do CPC, a decisão transitada em julgado poderá ser levada a protesto, nos termos da lei, desde que o executado não realize o pagamento no prazo de 15 dias previsto pelo art. 523 do mesmo diploma legal. Tal protesto é forma de pressão psicológica pela imposição de piora na situação do recorrente.

Outra forma de execução indireta na execução de pagar quantia certa vem prevista no art. 782, § 3º, do CPC, que prevê que, a requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes. Trata-se, evidentemente, de medida de execução coercitiva, que por meio de ameaça de piora na situação do executado busca convencê-lo a cumprir a obrigação.

[18] Marinoni, *Tutela*, n. 3.27.1.6, p. 222; Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 230; Talamini, *Tutela*, n. 9.7.1, p. 255.

A segunda forma de execução indireta consubstancia-se na oferta de uma melhora na situação da parte caso ela cumpra sua obrigação, como ocorre no art. 827, § 1º, do CPC, que prevê um desconto de 50% no valor dos honorários advocatícios no caso de pagamento do valor exequendo no prazo de 3 dias da citação. Apesar de lições tradicionais de direito estrangeiro, os termos "sanções premiadoras" ou "sanções premiais"[19] empregados para designar essa espécie de execução indireta não parecem adequados, porque, apesar de a ideia de prêmio concedido a quem cumpre a obrigação estar correta, não se pode confundir *sanção* com *pressão psicológica*.

Na execução de pagar quantia certa é possível a cumulação de medidas de execução indireta e de execução por sub-rogação, ainda que tradicionalmente o procedimento executivo esteja fundado em atos de sub-rogação representados pela penhora e expropriação de bens, nos termos do art. 824 do CPC/2015.

Na vigência do CPC/1973, parecia não ser possível a execução indireta por meio da aplicação das *astreintes* para pressionar o executado a cumprir a obrigação de pagar quantia certa. Apesar de parcela doutrinária defender a possibilidade da aplicação de multa na obrigação de pagar quantia certa[20], a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça era consolidada em sentido contrário, admitindo a multa na obrigação de efetuar crédito em conta vinculada do FGTS, justamente por entender tratar-se de obrigação de fazer e não de pagar[21].

A previsão contida no inciso IV do art. 139 do CPC/2015 é plenamente capaz de afastar essa resistência jurisprudencial, de forma a ter sido criado o ambiente legislativo propício para a aplicação das astreintes nas execuções que tenham como objeto obrigação de pagar quantia.

No procedimento de cumprimento de sentença de obrigação de pagar quantia existe a previsão de uma multa no valor de 10% do valor da condenação na hipótese de o devedor não realizar o pagamento no prazo de 15 dias. Para parcela da doutrina, trata-se de medida de execução indireta, que busca pressionar psicologicamente o devedor a efetuar o pagamento do valor devido[22].

Não parece, entretanto, tratar-se efetivamente de medida de execução indireta, sendo sancionatória a natureza jurídica dessa multa[23]. Como se pode afirmar que a *astreinte* é uma multa e que tem o seu valor prefixado em lei, sem nenhuma liberdade ao juiz em aumentar ou diminuir tal valor? Como saber *a priori* se o valor legal funcionará efetivamente no caso concreto para pressionar o devedor ao cumprimento da obrigação? Por outro lado, não se aplica medida de execução indireta quando é material ou juridicamente impossível o cumprimento da obrigação[24]. Não teria nenhum sentido aplicar uma multa diária ao executado que tem a obrigação de entregar coisa que já pereceu. Da mesma forma, não teria sentido pressionar alguém a pagar, se essa pessoa não tem patrimônio suficiente para tornar materialmente possível o cumprimento da obrigação. Mas a multa é aplicada independentemente da situação patrimonial do executado[25], o que deixa claro que, diante do dever de pagar descumprido, aplica-se como sanção a multa no valor de 10% sobre o valor da condenação.

[19] Bermudes, *A reforma*, pp. 175-176, apontando para lições de Carnelutti ao falar em "sanções premiadoras".

[20] Marinoni-Mitidiero, *Código*, pp. 462-463.

[21] REsp 1.036.968/DF, 1.ª Turma, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 13.05.2008; REsp 893.484/RS, 2.ª Turma, rel. Min. Herman Benjamin, j. 15.03.2007.

[22] Wambier-Wambier-Medina, *Breves*, pp. 144-145; Gusmão Carneiro, *Cumprimento*, p. 61.

[23] STJ, 3.ª Turma, MC 14.258/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.06.2008; Daniel Neves, *Reforma*, p. 218-220; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 464; Sérgio Shimura, *Cumprimento*, p. 246.

O tema, entretanto, é bastante controvertido, chegando-se até mesmo ao ponto de considerar-se a multa com natureza jurídica híbrida, sendo ao mesmo tempo execução indireta e sanção processual[26].

Especificamente quanto à execução indireta por meio de ameaça de piora na situação do executado na tutela coletiva deve ser lembrado o art. 14, § 3º, da Lei 4.717/1965, ao prever que, quando o réu condenado perceber dos cofres públicos, a execução far-se-á por desconto em folha até o integral ressarcimento do dano causado, se assim mais convier ao interesse público. Como se pode notar, o dispositivo legal, ao admitir o desconto em folha, consequentemente afasta a impenhorabilidade do salário consagrada no art. 833, IV, do CPC/2015.

Na obrigação de entregar coisa é possível a cumulação de medidas de execução por sub-rogação e indireta, não existindo nenhuma ordem entre tais medidas, cabendo ao juiz aplicá-las ao caso concreto como entender mais eficaz para a efetiva satisfação do direito exequendo. Assim, poderá determinar a busca e apreensão ou a imissão na posse (execução por sub-rogação) ou, se preferir, aplicar uma multa diária diante do descumprimento da obrigação de entregar a coisa (execução indireta), como também poderá aplicar ambas as medidas concomitantemente, até que uma delas se mostre eficaz, o que levará à revogação da outra.

Tratando-se de obrigação de fazer de natureza fungível, ou seja, uma obrigação que pode ser cumprida por outros sujeitos além do devedor (por exemplo, pintar uma casa), é possível a cumulação de medidas de execução indireta e por sub-rogação. Pode o juiz determinar a aplicação de multa[27], como também determinar que a obrigação seja cumprida por terceiro à custa do executado, nos termos dos arts. 817 a 820 do CPC/2015. Sendo a obrigação de fazer infungível (personalíssima), na qual somente o devedor pode cumprir a obrigação, de nada adiantará a aplicação de medidas de execução por sub-rogação, considerando-se que nesse caso a vontade do devedor não pode ser substituída pela vontade do Estado-Juiz. Nessa espécie de execução resta somente a aplicação de *astreintes* na tentativa de convencer o executado a cumprir a obrigação[28].

[24] STJ, 1.ª Turma, REsp 634.775/CE, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 21.10.2004.

[25] Gusmão Carneiro, *Cumprimento*, p. 59.

[26] *Informativo* 437/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.111.686-RN, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 1.º.06.2010.

[27] STJ, 1.ª Turma, REsp 893.041/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 05.12.2006.

[28] Araken de Assis, *Manual*, n. 19, p. 132.

16.2. LEGITIMIDADE ATIVA

Naturalmente, o autor da ação coletiva terá legitimidade para a execução. É, inclusive, esse sujeito que costuma executar a sentença, não sendo comum que outro legitimado, que não tenha participado da fase de conhecimento como autor, dê início à fase executiva. Não é normal que um legitimado que teve todo o trabalho em obter uma sentença condenatória deixe de se interessar justamente no momento da satisfação do direito. Apesar dessa realidade, é indiscutível que outros legitimados previstos nos arts. 5.º da LACP e 82 do CDC, que não tenham composto o polo ativo da ação coletiva na fase de conhecimento, também sejam legitimados ativos para o cumprimento de sentença.

O mesmo pode se dizer da execução de título executivo extrajudicial. Apesar de ser comum que o próprio legitimado coletivo que participou da formação do título seja o exequente na hipótese de inadimplemento obrigacional, não existe qualquer impedimento para que outro legitimado coletivo ingresse com a execução. Nesse sentido deve-se lamentar a mudança de entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à legitimidade do Ministério Público de executar decisão do Tribunal de Contas do Estado com vista ao ressarcimento do erário[29]. O entendimento parte da equivocada premissa de que nesse caso o Ministério Público atuaria em favor do órgão público (execução individual), quando na realidade sua atuação se dá em prol da coletividade (execução coletiva).

A indisponibilidade de execução de título executivo judicial no âmbito da tutela coletiva é a regra, de forma que, não sendo executada a sentença coletiva de procedência pelo autor ou por outro colegitimado dentro de certo prazo legal, caberá ao Ministério Público o dever funcional de fazê-lo. A justificativa é simples: evitar que um eventual conluio do autor com o réu, ou mesmo um desinteresse de outros legitimados em executar a decisão, seja capaz de frustrar a proteção de um direito transindividual já reconhecido por decisão judicial.

O art. 16 da Lei 4.717/1965, que prevê o dever funcional do Ministério Público de executar a decisão judicial, decorridos 60 dias da publicação da sentença condenatória de segunda instância (melhor seria dizer acórdão de segundo grau), em razão da inércia do cidadão autor e de outros cidadãos, vai no mesmo sentido do art. 15 da Lei 7.347/1985, que prevê ser dever funcional do Ministério Público a execução em 60 dias do trânsito em julgado, caso não a execute o autor ou outro colegitimado.

Ainda que a obrigatoriedade de propositura da execução pelo Ministério Público seja a tônica do sistema da tutela coletiva, é preciso observar importante distinção entre as duas regras legais mencionadas. Enquanto na ação popular o prazo de 60 dias tem seu termo inicial na prolação da decisão de procedência do segundo grau, na ação civil pública a contagem do mesmo prazo só tem

[29] STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.541.385/MA, rel. Min. Herman Benjamin, j. 05/11/2015, DJe 03/02/2016; STJ, 1ª Seção, EDcl no REsp 1.194.670/MA, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 03/09/2013, DJe 20/09/2013.

início com o trânsito em julgado da sentença de procedência. Significa que o Ministério Público somente tem o dever funcional de executar uma sentença proferida em ação civil pública de forma definitiva, enquanto na ação popular, ainda que pendente de julgamento recurso especial e/ou extraordinário, haverá dever funcional do Ministério Público em executar provisoriamente a sentença.

Mesmo que se reconheça o nobre objetivo de se fazer cumprir uma sentença popular a partir do momento em que ela passa a gerar efeitos no processo, mesmo que ainda não seja definitiva em razão da pendência de recurso, não entendo correto imputar ao Ministério Público um dever funcional em executar a sentença provisoriamente. Ninguém tem o dever de executar provisoriamente, sendo sempre admissível que se aguarde o momento em que a decisão torna-se definitiva, após o trânsito em julgado, em razão da teoria do risco-proveito aplicável à execução provisória.

Prevê o art. 520, I, do CPC que a execução provisória corre por conta e responsabilidade do exequente, em nítida aplicação da *teoria do risco-proveito*. Significa que a execução provisória é uma opção benéfica ao exequente, já que permite, senão a satisfação do direito, ao menos o adiantamento da prática de atos executivos. Entretanto, os riscos de tal adiantamento são totalmente carreados ao exequente, que estará obrigado a ressarcir o executado por todos os danos (materiais, morais, processuais) advindos da execução provisória na hipótese de a sentença ser reformada ou anulada pelo recurso pendente de julgamento. A responsabilidade, nesse caso, é objetiva, de modo que o elemento "culpa" é irrelevante para a sua configuração, bastando ao executado provar a efetiva ocorrência de danos e o nexo de causalidade com a execução provisória[30].

Significa que, na ação popular, não se pode impor um dever ao Ministério Público que acarretará um risco de prejuízo aos cofres públicos, porque os danos suportados pelo executado provisório nesse caso serão cobrados do Estado. É até mesmo um contrassenso, em uma ação em que se busca a tutela do patrimônio público, exigir do Ministério Público a adoção de uma conduta que poderá resultar em prejuízo a esse mesmo patrimônio que se buscava tutelar. Portanto, ainda que exista expressa previsão a respeito na Lei 4.717/1965, parece ser preferível a aplicação do art. 15 da Lei 7.347/1985.

Reconheço que o entendimento ora defendido não encontra amparo nos tribunais, e o Superior Tribunal de Justiça não só aplica o art. 16 da LAP em sua literalidade, como vai além, ao admitir que em sua interpretação também seja incluída a liquidação da sentença coletiva genérica[31]. Ainda que a liquidação seja inegavelmente cognitiva, como fase preparatória da execução, a decisão demonstra o claro entendimento no sentido de ser iniciada a persecução executiva a partir da decisão de segundo grau, ainda que nesse caso precedida pela liquidação de sentença.

[30] Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 365; Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 194; Greco, *O processo*, n. 3.4.1.2, p. 203.

[31] STJ, 2ª Turma, REsp 450.258/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 08.06.2004, *DJ* 20.09.2004.

O problema, naturalmente, não se coloca na hipótese de sentença de procedência transitada em julgado em razão de ausência de interposição de apelação por parte dos réus. Apesar de extremamente rara no caso concreto tal situação, o dever do Ministério Público de executar a sentença coletiva só começa, nesse caso, a ser contado do trânsito em julgado[32]. O mesmo se diga do acórdão que julga a apelação não recorrido por recurso especial e/ou recurso extraordinário, de ocorrência um pouco mais frequente.

Registre-se, por fim, que o art. 15 da LACP se aplica somente nos casos de direito difuso e coletivo, nos quais a execução coletiva da sentença é o caminho natural de satisfação do direito reconhecido como violado pela decisão. Nos direitos individuais homogêneos o caminho natural dessa satisfação é a execução individual a ser oferecida pelos interessados, sendo coletiva a execução de maneira subsidiária e eventual, nos termos do art. 100 do CDC, analisado no item 16.4.2. deste Capítulo.

16.3. DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

Conforme já tive oportunidade de afirmar, diante de uma sentença coletiva fundada em violação a direito difuso e coletivo, o caminho natural de satisfação da decisão é por meio de uma execução coletiva, que reverterá em prol da coletividade ou de uma comunidade. Não há, na realidade, qualquer especialidade procedimental nessa execução, devendo o exequente se valer das regras previstas na teoria geral da execução e aplicáveis tanto à execução individual como coletiva.

O ponto de destaque fica por conta das lições doutrinárias que apontam uma preferência nessa execução pela tutela específica[33]. Como toda tutela inibitória é específica, fica clara também a opção por essa espécie de tutela, restando a tutela reparatória apenas para aquelas situações em que não será concretamente possível a obtenção da inibitória. E, mesmo quando a tutela reparatória for a única possível, prefere-se essa espécie de tutela *in natura*, e somente de forma residual a tutela pelo equivalente em dinheiro.

Naturalmente é mais adequada uma tutela que proíba uma determinada empresa de cortar ilegalmente milhares de árvores, mas, uma vez ocorrido o evento, a tutela preventiva já não será mais possível, restando tão somente a tutela reparatória. Nesse caso, deve-se preferir a condenação do réu a alguma compensação ao meio ambiente lesado, como a obrigação de replantio das árvores, e apenas de forma residual sua condenação ao pagamento de quantia certa.

Havendo condenação a pagar quantia certa na hipótese de danos causados ao erário, o valor obtido em cumprimento de sentença ou processo de execução será revertido para a pessoa jurídica de direito público que tenha suportado a

[32] Meirelles-Wald-Mendes, *Mandado*, p. 203; Costa Machado, *A intervenção*, 8.4.3, p. 462.

[33] Abelha, Ação civil pública, p. 322.

lesão econômica reconhecida na sentença ou no título executivo extrajudicial[34]. Em todas as demais hipóteses, o valor em dinheiro obtido em processo de execução ou cumprimento de sentença deverá ser revertido para o Fundo de Direitos Difusos, previsto no art. 13 da LACP[35].

16.4. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

16.4.1. Introdução

Como já tive oportunidade de afirmar, o direito individual homogêneo tem natureza de direito individual, e nada mais é do que a soma de direitos individuais de origem comum. Em um processo coletivo cujo objeto seja um direito individual homogêneo, a sentença condenará o réu ao pagamento dos danos gerados aos sujeitos que sejam titulares de cada direito individual que, somados, resultaram no direito individual homogêneo.

Essa especial, característica do direito individual homogêneo faz com que a sentença coletiva seja executada individualmente, por cada um dos indivíduos beneficiados por ela. Muito provavelmente será necessária uma fase de liquidação de sentença, conforme analisado no Capítulo 15, mas a execução subsequente terá natureza individual. Significa que, dentro da normalidade, a ação é tratada como coletiva somente até a prolação da sentença, e depois desse momento é tratada como individual, seja na liquidação, seja na execução.

A execução individual não terá qualquer especialidade procedimental, sendo uma regular execução de pagar quantia certa de título executivo judicial. Os pontos de maior interesse ficam por conta da execução por *fluid recovery* e da execução pseudocoletiva, temas que serão analisados a seguir.

16.4.2. Execução por *fluid recovery*

Conforme já analisado no item 16.4.1., a execução de sentença fundada em direito individual homogêneo será feita individualmente, pelos lesionados, seus sucessores ou mesmo pelos legitimados coletivos. Independentemente do exequente, o importante a ressaltar é a natureza individual dessas execuções, o que, no caso concreto, exigirá a iniciativa do indivíduo, seja ingressando com a execução, seja municiando o legitimado coletivo de informações para que o *quantum debeatur* individual seja estabelecido. O indivíduo, portanto, é peça fundamental na execução de sentença coletiva fundada em direito individual homogêneo.

Como a participação do indivíduo é praticamente indispensável na execução ora analisada, surge a possibilidade de uma sentença praticamente ineficaz, que

[34] Leonel, Manual, p. 374.

[35] Rodrigues, *Ação*, p. 321.

aproveite concretamente um número ínfimo de interessados que se habilitem na demanda para executar seus créditos. Por vezes, uma sentença com abrangência ampla em termos de sujeitos beneficiados pode simplesmente deixar de gerar todos os seus potenciais efeitos, bastando para isso que os beneficiados pela decisão não executem seus créditos individuais.

Poder-se-á questionar por que um sujeito, que tem em seu favor um título executivo judicial, deixa de executá-lo. Apesar dos mecanismos de aviso aos interessados previstos pela lei, deve-se reconhecer que a publicação de editais no início do processo, nos termos do art. 94 do CDC, pode não levar à informação da existência do processo para todos os interessados. E, mesmo que adotado entendimento doutrinário no sentido de aplicar esse dispositivo legal por analogia para o momento posterior ao trânsito em julgado[36], difícil acreditar na plena publicidade da decisão. Medida interessante nesse sentido seria o autor pedir já na petição inicial a condenação do réu a providenciar a publicação da sentença em meios de comunicação de grande alcance, como a internet, televisão e rádio. De qualquer forma, deve-se contar com a ignorância dos interessados a respeito da sentença que os beneficia.

Por outro lado, a própria desinformação de muitas partes e seus patronos pode colaborar para não haver a execução individual na dimensão adequada e possível diante da sentença coletiva. A exata compreensão do sistema processual existente para a tutela coletiva ainda está longe de ser uma realidade, de modo que não é espantoso encontrar advogados que simplesmente não sabem que poderão se valer de uma sentença coletiva para o benefício de seus clientes.

Além das dificuldades apresentadas, é importante lembrar típica hipótese de execução por *fluid recovery*. Como aponta a melhor doutrina[37] e a jurisprudência[38], existem danos que individualmente considerados são ínfimos, dificilmente incentivando os indivíduos à execução. No entanto, quando esses danos individuais são somados, passando a existir de forma global, nota-se que o prejuízo gerado pelo réu foi substancial. Os exemplos são fartos: milhares de consumidores foram enganados por uma empresa de chocolate, que anunciava barras de 30 g com somente 29 g; milhares de viajantes pagaram pedágio a R$ 10,00 quando o valor coreto seria R$ 9,90; milhares de clientes de um banco tiverem R$ 0,50 retirados indevidamente de suas contas. Nesse caso, a falta de interesse nas execuções individuais, em razão do ínfimo valor envolvido, poderá liberar o réu de arcar com as consequências de seu ato danoso, o que, naturalmente, não deve ser bem aceito.

Exatamente por compreender que a efetividade da sentença fundada em direito individual homogêneo dependerá antes de tudo da iniciativa do indivíduo, com

[36] Mancuso, Manual, p. 186.

[37] Grinover, Código, p. 163; Mancuso, Manual, p. 183.

[38] STJ, 4ª Turma, REsp 1.187.632/DF, rel. Min. João Otávio de Noronha, rel. p/ acórdão Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 05/06/2012, *DJe* 06/06/2013.

o que nem sempre se poderá contar, o legislador consagrou no art. 100 do CDC a chamada execução por *fluid recovery*, originária do direito norte-americano, também chamada de reparação fluída. Segundo o dispositivo legal, "decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida".

A execução por *fluid recovery* se distingue de forma significativa da execução individual. Nesta, o indivíduo ou o legitimado coletivo como substituto processual litiga para satisfazer o direito individual, enquanto naquela o legitimado coletivo busca uma recomposição em prol da coletividade, tanto assim que, segundo o art. 100, parágrafo único, do CDC, o produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei 7.347/1985, o Fundo de Direito Difusos (FDD), independentemente de pedido nesse sentido na petição inicial da ação coletiva[39]. Não deixa de ser interessante porque o dano gerado pelo réu foi individual, enquanto a execução por *fluid recovery* tutela a coletividade.

Essa forma diferenciada de execução deve ser considerada como uma anomalia do sistema, só devendo tomar lugar quando as execuções individuais não tiverem sido oferecidas em número compatível com a gravidade do dano. Insista-se mais uma vez que, se o direito individual homogêneo tem natureza de direito individual, as execuções devem ser individuais, valendo-se o sistema da execução por *fluid recovery* apenas subsidiariamente[40].

Apesar do silêncio da lei, o termo inicial do prazo de um ano previsto pelo art. 100 do CDC é o trânsito em julgado da sentença[41], pois ninguém pode ser obrigado a executar provisoriamente uma sentença assumindo os riscos que essa espécie de execução proporciona. Caberá aos legitimados coletivos uma primeira aferição do número de interessados habilitados diante do potencial da sentença, uma vez que, se os próprios legitimados coletivos entenderem que o número de interessados habilitados é compatível com a gravidade do dano, não devem ingressar com a execução por *fluid recovery*. E, mesmo que seja oferecida a execução, caberá ao juiz a palavra final a respeito do cabimento dessa espécie de execução, sendo nesse caso indispensável, em respeito ao princípio do contraditório, a oitiva do réu antes da prolação da decisão. De qualquer forma, o juiz nunca poderá dar início de ofício a tal execução.

Como a lei foi suficientemente clara ao mencionar um número compatível com a gravidade do dano, não é necessário que todos os beneficiados tenham se habilitado a fim de evitar a execução por *fluid recovery*. Apesar do subjetivismo existente no dispositivo legal ora mencionado, deve restar claro que, mesmo havendo interessados não habilitados, a *fluid recovery* poderá ser dispensável. A tese de que deve haver um ressarcimento integral do dano gerado é amparada

[39] STJ, 4ª Turma, REsp 996.771/RN, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 06.03.2012, *DJe* 23.04.2012.

[40] STJ, 4ª Turma, REsp 1.156.021/RS, rel. Min. Macro Buzzi, j. 06/02/2014, *DJe* 05/05/2014.

[41] Andrade-Masson-Andrade, Interesses, p. 239; Leonel, Manual, p. 381.

em vício de premissa, porque a execução por *fluid recovery* não tem como objetivo complementar as execuções individuais, mas tão somente fazer com que a sentença tenha eficácia prática.

Essa é a razão, inclusive, para que na execução por *fluid recovery* se busquem outros parâmetros que não somente os danos individuais não executados individualmente, pois, sem a colaboração dos titulares do direito, nem sempre será possível a determinação do valor de tal dano. O Superior Tribunal de Justiça tem interessante julgado no qual associou o valor dos danos individuais não executados e o valor da execução por *fluid recovery* com fundamento no princípio da menor onerosidade[42]. É claro que no caso julgado era possível e razoavelmente simples se aferir esse valor, o que, entretanto, não é a regra das condenações fundadas em violação de direito individual homogêneo.

Sempre que impossível ou extremamente difícil se aferir o valor dos danos individuais sem a presença do indivíduo beneficiado pela sentença, como deverá o juiz proceder? Nesse momento, avultará o *defining function* do juiz na determinação do valor da execução, que, mesmo não estando atrelado aos danos sofridos e não reparados, deverá levar em consideração os danos já reparados como forma de diminuir eventual valor a ser pago na execução por *fluid recovery*[43].

Para parcela minoritária da doutrina o prazo de um ano do trânsito em julgado previsto no art. 100 do CDC é decadencial, de modo que, se o indivíduo não se habilitar nesse prazo para executar a sentença coletiva, perderá seu direito de crédito. A justificativa para esse entendimento é evitar um eventual *bis in idem*[44].

Concordo com a doutrina majoritária que defende a possibilidade de execuções individuais mesmo durante ou após o encerramento da execução por *fluid recovery*[45]. O prazo de um ano previsto pelo art. 100 do CDC tem natureza processual, e simplesmente aponta o momento a partir do qual se admitirá uma execução coletiva de sentença fundada em violação a direito individual homogêneo. Esse referido prazo, em razão de sua natureza processual, não afeta os prazos prescricionais e decadenciais referentes ao direito individual que poderá ser objeto de execução[46].

É evidente que, ao responder a todos os beneficiados pela sentença coletiva e também pela *fluid recovery*, o réu estará sendo prejudicado em dobro, mas não se pode falar nesse caso em *bis in idem*, pois os credores das duas espécies de execução são diferentes: no primeiro caso o indivíduo e, no segundo, a coletividade.

Ademais, devemos lembrar que a execução forçada não deveria nem mesmo existir se os réus condenados cumprissem sua obrigação de pagar o que foi definitivamente reconhecido na sentença condenatória. Caso o réu pretenda evitar uma duplicidade executiva, terá um ano, a partir do trânsito em julgado, para pagar o que deve aos indivíduos beneficiados, de forma a evitar a execução por *fluid recovery*. Basta procurar tais sujeitos e realizar o pagamento do devido e, havendo resistência do indivíduo que deve recebê-lo, ingressar com consignações em pagamento, o que já será suficiente para evitar a execução por *fluid recovery*.

[42] *Informativo* 499/STJ: 4ª Turma, REsp 1.187.632-DF, rel. originário Min. João Otávio de Noronha, rel. p/ acórdão Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 05.06.2012.

[43] Grinover, Código, pp. 164-165.

[44] Andrade-Masson-Andrade, Interesses, pp. 238-239.

[45] Didier Jr.-Zaneti Jr., Curso, p. 389; Leonel, Manual, p. 381; Lucon-Silva, Análise, p. 180.

[46] Grinover, Código, p. 154.

Ao prever que o produto obtido por meio da execução por *fluid recovery* reverterá para o Fundo de Direitos Difusos (FDD), o art. 100, *caput*, do CDC dá a entender que toda execução por *fluid recovery* será realizada, cujo objeto é uma obrigação de pagar quantia certa, em um valor aproximado daquele que deveria ter sido cobrado pelos beneficiados pela sentença que não se habilitaram para a execução. Entendo, entretanto, que nem sempre deverá ser assim. Ainda que a condenação do réu na sentença coletiva tenha como objeto uma obrigação de pagar quantia certa aos lesionados por sua atuação, para a execução por *fluid recovery* será possível a transformação dessa condenação em uma obrigação de fazer ou de entregar.

Basta imaginar um dos exemplos dados neste capítulo para justificar a execução por *fluid recovery*. Milhões de motoristas pagaram R$ 0,50 a mais do que o valor correto de um pedágio. Reconhecida tal situação, na sentença coletiva o réu é condenado a ressarcir cada um dos usuários do pedágio pela diferença apurada entre o valor cobrado e o valor que deveria ter sido cobrado, no caso, míseros R$ 0,50. Como é de esperar, as execuções individuais, se existirem, serão em número insignificante diante do dano gerado. Na execução por *fluid recovery*, entretanto, em vez de cobrar o valor total da tungada, o juiz poderia determinar que a empresa que cuida do pedágio passasse a cobrar R$ 0,50 a menos do que o preço devido, até que devolvesse aos consumidores, ainda que de forma reflexa e indireta, o valor indevidamente ganhado com a cobrança em valor acima do devido.

De qualquer forma, quando o valor for revertido para o Fundo de Direitos Difusos (FDD), é importante notar que ele não será revertido em favor dos indivíduos s lesionados, mas sim em prol da coletividade, devendo ser aplicado na área de interesse que gerou a execução[47]. Conforme correto entendimento jurisprudencial, a remessa de tais valores ao FDD, por estar expressamente consagrado em lei, independe de pedido expresso do autor em sua petição inicial[48].

16.4.3. Legitimidade

Conforme amplamente afirmado, a execução típica diante de uma sentença fundada em violação a direito individual homogêneo é individual, buscando a satisfação de um direito determinado e de titularidade definida. Segundo o art. 97,

[47] Mancuso, Manual, p. 193.

[48] STJ, 4ª Turma, REsp 996.771/RN, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 06.03.2012, *DJe* 23.04.2012.

caput, do CDC, "a liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82".

A primeira parte do dispositivo legal não apresenta qualquer dificuldade interpretativa, prevendo típica hipótese de legitimação ordinária das vítimas do ato ilícito reconhecido na sentença ou de seus sucessores. Os indivíduos estarão nesse caso litigando em nome próprio por um direito individual próprio. A legitimação concedida aos legitimados à propositura da ação coletiva, elencados no art. 82 do CDC, por sua vez, traz maiores dificuldades ao intérprete, havendo até mesmo quem aponte para uma legitimação anômala nesse caso[49].

A análise torna-se ainda mais difícil diante da expressa previsão do art. 98 do CDC: "A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo vítimas cujas indenizações já tiveram sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções".

Para corrente doutrinária considerável a previsão do art. 97, *caput*, do CDC não atribui propriamente uma legitimação ativa para os legitimados coletivos, mas tão somente autoriza que esses possam litigar em nome das vítimas do ato ilícito ou seus sucessores na defesa de seus direitos. Significa que, sendo a execução individual, a legitimidade será exclusiva das vítimas e de seus sucessores, limitando-se a participação dos legitimados coletivos a uma representação processual desses titulares do direito[50].

O entendimento parece ser realmente o mais adequado considerando-se a natureza da execução em favor das vítimas e seus sucessores. Fica claro nesse caso que nas execuções não mais se estará diante de um direito individual homogêneo, o que poderia justificar a legitimidade ativa dos legitimados coletivos previstos pelo art. 82 do CDC. Direito puramente individual deve gerar uma legitimidade ordinária para seus titulares defendê-lo em juízo, não havendo justificativa plausível nesse caso para uma legitimação extraordinária em favor dos legitimados coletivos.

Ocorre, entretanto, que o entendimento de que a presença dos legitimados coletivos na execução individual da sentença proferida em violação a direito individual homogêneo se dá por meio da representação processual pode causar um embaraço a essa participação. Tratando-se de representação processual, o legitimado coletivo necessariamente deverá obter uma expressa autorização da vítima ou de seu sucessor para que ajuíze em seu nome a liquidação ou execução, o que, naturalmente, poderá dificultar no caso concreto tal ajuizamento.

Provavelmente pensando nessas dificuldades práticas, e considerando a previsão contida no art. 8.º, III, da CF, o Supremo Tribunal Federal, ao enfrentar o tema, havia pacificado o entendimento de que os legitimados coletivos têm legitimidade no campo dos direitos individuais homogêneos tanto para a fase de

[49] Mancuso, Manual, p. 189.

[50] Leonel, Manual, 379; Lucon-Silva, Análise, p. 169; Marinoni-Arenhart, Manual, p. 741; Grinover, Código, pp. 157-158.

conhecimento como para a fase de liquidação e execução da sentença. Entendeu-se que seria efetivamente caso de legitimação extraordinária, por meio da qual o legitimado coletivo liquida e executa a sentença em nome próprio na defesa dos interesses da vítima do ato ilícito e seus sucessores[51]. A partir do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça também passou a decidir pela legitimação extraordinária, com a dispensa de autorização das vítimas ou sucessores para o ingresso da liquidação e execução[52].

O importante nesses julgados, entretanto, era a constatação de que, embora se admita uma legitimação extraordinária dos legitimados coletivos, a execução não será coletiva, como sugere o art. 98 do CDC. Havendo a determinação e individualização dos direitos exequendos, a execução será individual, não obstante o legitimado ativo seja coletivo[53]. Como lembra a melhor doutrina, nesse caso, tem-se aí uma ação pseudocoletiva, formada pela soma das parcelas identificadas de direitos individuais[54].

Ocorre, entretanto, que com a incorreta guinada jurisprudencial a respeito da qualidade processual das associações no polo ativo das ações coletivas que versam sobre direito individual homogêneo[55], devidamente analisada no item 8.2.3., é de se esperar que na execução individual da sentença coletiva o entendimento também passe a ser de que ao menos a associação atue como representante legal dos associados, e não como substituta processual, de forma que a autorização para a execução, por meio de aprovação específica em assembleia geral ou individualmente, passará a ser indispensável.

Já há, inclusive, precedentes do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido[56], ainda que também exista decisão em sentido contrário[57]. O tema, portanto, continua polêmico, tanto que a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça afetou recurso especial ao julgamento repetitivo (tema 948) para pacificar o entendimento do tribunal a respeito do tema.

16.5. REGIME JURÍDICO DAS DESPESAS E CUSTAS PROCESSUAIS

As regras de sucumbência na fase de liquidação e execução da sentença coletiva são as mesmas aplicáveis às liquidações e execuções em geral. A única

[51] STF, Plenário, RE 214.668/ES, rel. orig. Min. Carlos Velloso, rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, 12.06.2006.

[52] STJ, 2ª Turma, REsp 1.243.752/PR, rel. Min. Castro Meira, j. 14.04.2011, *DJe* 27.04.2011; STJ, 2ª Turma, AgRg no Ag 1.391.935/SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 19.05.2011, *DJe* 31.05.2011; STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.206.708/RS, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 14.04.2011, *DJe* 19.04.2011.

[53] *Informativo* 414/STJ: Corte Especial, EREsp 760.840/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.11.2009.

[54] Abelha, Ponderações, p. 462; Gajardoni, Direitos I, p. 30.

[55] STF, Tribunal Pleno, RE 573.232/SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, j. 14/05/2014, *DJe* 19/09/2014.

[56] STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 664.713/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, j. 01/12/2015, *DJe* 04/02/2016; STJ, 5ª Turma, REsp 1.129.023/SC, rel. Min. Felix Fischer, j. 16/02/2016, *DJe* 23/02/2016; STJ, 6ª Turma, EDcl no AgRg no REsp 1.185.789/GO, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 03/12/2015, *DJe* 01/02/2016.

[57] STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.423.791/BA, rel. Min. Og Fernandes, j. 17/03/2015, *DJe* 26/03/2015.

especialidade diz respeito à presença da Fazenda Pública como executada em razão do disposto no art. 1º-D da Lei 9.494/1997: "Não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas".

Na análise da abrangência do dispositivo legal ora citado, o Superior Tribunal de Justiça, ainda na vigência do CPC/1973, passou a entender que, diante de uma sentença coletiva, a aplicabilidade ou não da regra dependeria da natureza da liquidação e execução: caso fosse coletiva, aplicável a odiosa previsão legal de forma que, não sendo embargada a execução, não seria cabível condenar a Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios; caso fosse individual, a norma seria inaplicável em razão das singularidades existentes nesse tipo de execução. O entendimento, inclusive, encontra-se sumulado: Súmula 345/STJ: "São devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas".

Segundo a previsão do art. 85, § 7º, do CPC/2015, não serão devidos honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseja expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada. O dispositivo legal confirma o entendimento dos tribunais superiores a respeito do tema, na interpretação do art. 1.º-D da Lei 9.494/1997, de que sendo hipótese de cumprimento de sentença por RPV (requisição de pequeno valor), ainda que a Fazenda Pública deixe de impugnar, serão devidos honorários advocatícios[58]. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, não serão devidos honorários na hipótese de o cumprimento de sentença começar pelo sistema do precatório e o exequente renunciar ao excedente para adequá-la ao sistema da RPV[59].

Essa nova realidade imposta pelo Código de Processo Civil de 2015 não deve alterar o entendimento sumulado quanto às execuções individuais de sentença coletiva, mas certamente afetará o entendimento consolidado na vigência do CPC/1973 a respeito da execução coletiva.

[58] STF, Tribunal Pleno, RE 420.816 ED/PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 21.03.2007, *DJe* 27.04.2007; STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 361.400/RS, rel. Min. Assusete Magalhães, j. 09.12.2014, *DJe* 16.12.2014.

[59] STJ, 1ª Seção, REsp 1.406.296/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 26.02.2014, *DJe* 19.03.2014.

17

TUTELA PROVISÓRIA

Sumário: 17.1. Introdução – 17.2. Tutela antecipada – 17.3. Liminar: 17.3.1. Processo coletivo comum; 17.3.2. Mandado de segurança coletivo – 17.4. Cautelar: 17.4.1. Processo coletivo comum; 17.4.2. Cautelares nominadas na Lei de Improbidade Administrativa; 17.4.3. Processo coletivo especial – 17.5. Tutela da evidência: 17.5.1. Introdução; 17.5.2. Hipóteses de cabimento; 17.5.3. Procedimento.

17.1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil destina um capítulo ao tratamento da tutela provisória, dividida em tutela provisória de urgência (cautelar e antecipada) e da evidência.

A tutela provisória é proferida mediante cognição sumária, ou seja, o juiz, ao concedê-la, ainda não tem acesso a todos os elementos de convicção a respeito da controvérsia jurídica. Excepcionalmente, entretanto, essa espécie de tutela poderá ser concedida mediante cognição exauriente, quando o juiz a concede em sentença.

A concessão da tutela provisória é fundada em juízo de probabilidade, ou seja, não há certeza da existência do direito da parte, mas uma aparência de que esse direito exista. É consequência natural da cognição sumária realizada pelo juiz na concessão dessa espécie de tutela. Se ainda não teve acesso a todos os elementos de convicção, sua decisão não será fundada na certeza, mas na mera aparência – ou probabilidade – de o direito existir.

Ser provisória significa que a tutela provisória de urgência tem um tempo de duração predeterminado, não sendo projetada para durar para sempre. A duração da tutela de urgência depende da demora para a obtenção da tutela definitiva, porque, uma vez concedida ou denegada, a tutela de urgência deixará de existir. Registre-se que, apesar de serem provisórias, nenhuma das tutelas de urgência é temporária. Temporário também tem um tempo de duração predeterminado, não

durando eternamente, mas, ao contrário da tutela provisória, não é substituída pela tutela definitiva; simplesmente deixa de existir, nada vindo tomar seu lugar.

Apesar de o Código de Processo Civil prever apenas as três hipóteses de tutela provisória suprarreferidas, é importante nessa espécie de tutela destacar a importância da liminar, termo equívoco que pode ser utilizado como espécie de tutela de urgência satisfativa ou para designar o momento de concessão de uma espécie de tutela provisória.

Valendo-se da origem no latim (*liminaris*, de *limen*), o termo "liminar" pode ser utilizado para designar algo que se faça inicialmente, logo no início. O termo liminar, nesse sentido, significa limiar, soleira, entrada, sendo aplicado a atos praticados *inaudita altera parte*, ou seja, antes da citação do demandado. Aplicado às espécies de tutelas provisórias, a liminar, nesse sentido, significa a concessão de uma tutela antecipada, cautelar ou da evidência antes da citação do demandado. A liminar assumiria, portanto, uma característica meramente topológica, levando-se em conta somente o momento de prolação da tutela provisória, e não o seu conteúdo, função ou natureza[1].

Por outro lado, é preciso reconhecer que, no momento anterior à adoção da tutela antecipada pelo nosso sistema processual, as liminares eram consideradas uma espécie de tutela de urgência, sendo a única forma prevista em lei para a obtenção de uma tutela de urgência satisfativa. Nesses termos, sempre que prevista expressamente em um determinado procedimento, o termo "liminar" assume a condição de espécie de tutela de urgência satisfativa específica[2]. Seriam, assim, três as espécies de tutela de urgência:

(a) tutela cautelar, genérica para assegurar a utilidade do resultado final;
(b) tutela antecipada, genérica para satisfazer faticamente o direito;
(c) tutela liminar, específica para satisfazer faticamente o direito.

Em feliz expressão doutrinária, a tutela antecipada é a generalização das liminares[3]. Pretendendo a parte obter uma tutela provisória de urgência satisfativa e havendo uma expressa previsão de liminar no procedimento adotado, o correto é requerer a concessão dessa liminar, inclusive demonstrando os requisitos específicos para a sua concessão; não havendo tal previsão, a parte valer-se-á da tutela antecipada, que em razão de sua generalidade e amplitude não fica condicionada a determinados procedimentos. Em resumo: caberá tutela antecipada quando não houver previsão de liminar.

Com a tutela da evidência ocorre fenômeno um pouco distinto, porque mesmo naqueles procedimentos em que há previsão de liminar, será possível sua

[1] Furtado Fabrício, *Ensaios*, pp. 195-196; Calmon de Passos, *Comentários*, 9. ed., n. 6.13, p. 73; Theodoro Jr., *Tutela*, pp. 5-6.
[2] Dinamarco, *Fundamentos*, p. 623; Guerra, As liminares, p. 190; Baptista da Silva, A "antecipação", p. 130.
[3] Dinamarco, *Fundamentos*, p. 623.

concessão. Afinal, são tutelas que podem coexistir em razão de suas diferentes naturezas. Dessa forma, é possível que a parte, mesmo havendo previsão de liminar no procedimento, não consiga preencher o requisito associado ao "tempo como inimigo", sendo, entretanto, possível pleitear a tutela da evidência que não tem entre seus requisitos o perigo do tempo.

O art. 300, § 2º, do CPC, prevê que a tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia. Fica claro nesse dispositivo que o legislador se valeu do termo liminar para designar o momento de concessão da tutela de urgência, havendo, portanto, a possibilidade de tutela cautelar liminar e tutela antecipada liminar. O mesmo se diga do art. 311, parágrafo único, do CPC, que prevê ser possível a concessão liminar da tutela da evidência prevista nos incisos II e III do art. 311 do mesmo diploma legal.

Dessa forma, o Código de Processo Civil de 2015 contribui para o esclarecimento da função da "liminar" nas tutelas provisórias. Infelizmente, entretanto, ainda existem procedimentos especiais de legislação extravagante que continuam a prever a liminar como espécie de tutela de urgência satisfativa.

17.2. TUTELA ANTECIPADA

Tradicionalmente, a tutela antecipada é associada às tutelas condenatória, executiva e mandamental, parecendo não haver divergência a respeito de seu cabimento quando o pedido do autor tiver tal natureza. Já no tocante às tutelas constitutiva e declaratória há alguma divergência doutrinária não a respeito do cabimento da tutela antecipada, o que inclusive encontra-se pacificado no Superior Tribunal de Justiça[4], mas ao objeto da antecipação.

Apesar de o termo "tutela antecipada" ter se popularizado, sendo comumente utilizado em obras sobre o tema e na praxe forense, não é propriamente a tutela jurisdicional o objeto da antecipação[5]. A antecipação é dos efeitos práticos que seriam gerados com a concessão definitiva da tutela pretendida pelo autor e não da tutela jurisdicional em si. Portanto, não se antecipa a tutela constitutiva ou declaratória da mesma forma que não se antecipa a tutela condenatória, mas sim os efeitos que essas tutelas geram no plano dos fatos.

A *tutela condenatória* imputa ao réu o cumprimento de uma prestação, sendo que essa imputação não pode ser objeto de antecipação, porque depende da certeza de que o réu deva cumprir a prestação pretendida pelo autor[6]. Ocorre, entretanto, que o efeito prático principal da tutela condenatória é a satisfação do direito gerada pela aplicação dos meios materiais de execução.

[4] STJ, 5.ª Turma, REsp 473.072/MG, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 17.6.2003, *DJ* 25.8.2003, p. 358.
[5] Contra: Nery-Nery, *Código*, p. 525.
[6] Ovídio Baptista, *A "antecipação"*, p. 132.

Esse efeito executivo pode ser objeto de antecipação de tutela[7], sendo essa a razão pela qual se admite "condenar" o réu a retirar o nome do autor do Serasa, pressionando-o com as *astreintes*, medida de execução indireta, bem como determinar a entrega de medicamentos por meio de busca e apreensão, medida de execução por sub-rogação.

Por meio da *tutela constitutiva* obtém-se a alteração da situação jurídica mediante a criação, extinção ou modificação de uma relação jurídica. É corrente na doutrina a afirmação de que o juiz não pode antecipar essa alteração da situação jurídica, que só pode ser concedida de forma definitiva, em razão de sua irreversibilidade[8]. Seria absurdo admitir, por exemplo, um divórcio provisório por meio de tutela antecipada, bastando para verificar a incompatibilidade de tal providência a eventual revogação da tutela antecipada pela tutela definitiva. E se as partes, divorciadas por meio de tutela antecipada já se casaram novamente? E se já tiveram filhos nesse novo casamento[9]?

No tocante à *tutela declaratória*, a própria concepção de certeza jurídica torna incompatível a existência de uma certeza provisória; se há certeza, há definitividade, e se há provisoriedade, é porque não há certeza. A sentença declaratória, ao declarar a existência, inexistência ou modo de ser de uma relação jurídica – e excepcionalmente de fato –, gera uma certeza jurídica a respeito dessa declaração, que naturalmente não pode ser objeto de antecipação. Mas é possível que a certeza jurídica decorrente da declaração definitiva gere efeitos práticos, sentidos no plano dos fatos, que poderão ser objeto de antecipação. Não se pode afirmar que uma lei é provisoriamente inconstitucional, mas o efeito prático da certeza dessa inconstitucionalidade, que é a vedação à sua aplicação, poderá ser obtido em sede de antecipação de tutela.

Não concordo com a afirmação doutrinária de que não se antecipam os efeitos principais da tutela, mas apenas seus efeitos secundários ou reflexos. Entendo que na tutela condenatória o efeito principal é o efeito executivo, que permitirá a prática de atos materiais de execução, sendo pacífico na doutrina que esse efeito executivo é objeto de antecipação. Na realidade, independentemente da espécie de tutela, é sempre o *efeito executivo* (entendido em seu sentido mais amplo) o objeto de antecipação[10].

A essa conclusão poder-se-ia objetar com a alegação de que as tutelas declaratórias e constitutivas independem de efeito executivo para gerar satisfação ao autor; a declaração gera imediata e automaticamente a certeza jurídica; a criação, modificação ou extinção da relação jurídica gera imediata e automaticamente a alteração da situação jurídica das partes. Quanto a isso não há dúvida, mas é

[7] Zavascki, *Tutela*, p. 85; Marinoni, *Tutela*, n. 2.6.2, p. 43, entende que não há propriamente antecipação do efeito executivo, mas produção antecipada do efeito executivo.

[8] Nery-Nery, *Código*, p. 526; Bedaque, *Tutela*, n. 27, p. 362.

[9] Fadel, *Antecipação*, n. 11, p. 45; Nery-Nery, *Código*, p. 526.

[10] Bedaque, *Tutela*, n. 27, p. 361; Theodoro Jr., *O processo*, p. 86.

preciso lembrar que essas espécies de tutela criam uma eficácia negativa, que impede a prática de atos contrários ao que foi declarado e/ou constituído[11]. E essa eficácia negativa se satisfaz por meio de execução, sendo justamente esse efeito executivo objeto de antecipação de tutela nas tutelas declaratória e constitutiva.

Não é correta a lição de que qualquer efeito executivo ou mandamental que se pretenda obter já deve ser requerido na petição inicial em cumulação com o pedido declaratório, com a alegação de que a sentença declaratória não obriga o réu a fazer ou a não fazer algo[12]. Numa ação declaratória de inexigibilidade de débito não será necessário o pedido de condenação do réu a retirar o nome do autor dos cadastros de devedores para que essa medida seja concedida em sede de tutela antecipada[13]. A concessão da tutela de urgência nesse caso não decorre de pedido principal do autor nesse sentido, mas como consequência de o dever do réu não praticar atos que contrariem a declaração de que o autor não é devedor.

Ao ingressar com ação declaratória de inexigibilidade de débito, o autor requer em tutela antecipada a retirada de seu nome do Serasa. A certeza jurídica de inexistência de débito não pode ser antecipada, mas, uma vez declarado que o autor não é devedor, poderá exigir do réu a retirada de seu nome do cadastro dos devedores, porque a manutenção de seu nome nesse cadastro significaria conduta contrária ao direito declarado. Não há outra forma de impor essa conduta ao réu senão por atos materiais de execução, sendo exatamente o que ocorre no caso concreto. São esses efeitos executivos objeto de antecipação de tutela.

Numa ação revisional de aluguel não se pode afirmar que a tutela antecipada altere a situação jurídica locatícia entre as partes, mas, uma vez modificada a relação jurídica e fixado definitivamente um novo valor de aluguel, criam-se para as partes direitos e deveres que podem ser exigidos reciprocamente para que não se contrarie o direito constituído. O locatário deve pagar o novo valor e o locador deve aceitar o pagamento, com todas as consequências advindas dessas regras de comportamento. Quando o juiz antecipa a tutela numa revisional de aluguel, determinando provisoriamente um novo aluguel, não está, como entendem alguns doutrinadores[14], antecipando a constituição do novo aluguel, mas, simplesmente, os efeitos executivos que essa constituição – que só pode ser definitiva – gera no plano prático, impondo uma regra de comportamento às partes.

Parcela minoritária da doutrina defende a possibilidade de antecipação da própria declaração e da constituição da nova situação jurídica, sustentando que o problema não é o seu cabimento, mas a viabilidade e a utilidade dessas tutelas

[11] Zavascki, *Tutela*, pp. 86-87; Bedaque, *Tutela*, n. 27, p. 363; Didier Jr.-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 619; Pontes de Miranda, *Tratado*, I, p. 24, e II, p. 102; Theodoro Jr., *O processo*, pp. 86-87.

[12] Marinoni, *Antecipação*, n. 2.6.3.4, pp. 54-55.

[13] STJ, 4.ª Turma, REsp 772.028, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 12.12.2005, *DJ* 1.º.2.2006, p. 571.

[14] Câmara, *Lições*, v. 1, p. 439; Marinoni, *Tutela*, n. 2.6.3.4, p. 52.

em face das diversas situações concretas[15]. Essa corrente doutrinária afirma que não se pode admitir uma constituição provisória em ações de estado, mas é possível a constituição provisória de um aluguel ou de uma servidão de passagem. Na declaração, reconhecem que a antecipação, ainda que possível, não gera qualquer utilidade ao autor.

O entendimento não parece correto, porque a constituição provisória de um direito é inconcebível e contraditória. A certeza provisória que seria gerada pela antecipação da declaração ainda mais. Ainda que se admita que a tutela constitutiva não dependa de atos executivos para a sua satisfação, os efeitos práticos derivados dessa constituição, consubstanciados na necessidade de a parte contrária não adotar um comportamento contrário ao direito constituído em favor do autor são obtidos por meios executivos. E é justamente aqui que se justifica a antecipação de efeitos da tutela declaratória e constitutiva: não se antecipam a tutela nem o efeito principal dessa tutela, mas os efeitos práticos que ditam regras de comportamento às partes em respeito ao que foi declarado ou constituído.

17.3. LIMINAR

Em quatro leis que regulamentam ações coletivas do processo coletivo comum existe expressa previsão de liminar: (a) no art. 12 da LACP permite-se ao juiz mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo; (b) no art. 5º, § 4º, da LAP há previsão de que na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado; (c) no art. 7º, III, LMS, apesar de não haver expressa previsão de liminar, a tutela de urgência lá prevista assim é tratada, seja pelo momento de concessão (no momento do despacho da petição inicial), seja pela nomenclatura utilizada nos cinco parágrafos do dispositivo legal; (d) no CDC há previsão de liminar no art. 84, § 3º, para demandas que versem sobre obrigação de fazer e não fazer, aplicáveis, entretanto, a qualquer espécie de obrigação. Na LIA não existe qualquer previsão legal.

Como se pode notar, há no microssistema regras suficientes para se concluir que nas ações coletivas do processo coletivo comum a tutela de urgência satisfativa será a liminar, aparentemente não havendo necessidade de o autor se socorrer da tutela antecipada prevista no Código de Processo Civil de 2015. Ocorre, entretanto, que tal diploma processual tem interessante novidade aplicável ao processo coletivo quanto ao pedido de tutela antecipada *de forma antecedente*, momento do pedido de tutela de urgência satisfativa incompatível com a previsão de liminar nas leis supramencionadas do microssistema coletivo, que será sempre incidental.

Nos termos do art. 303, *caput*, do CPC, quando a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela

[15] Marinoni, *Tutela*, n. 2.6.3.4, p. 50; Gusmão Carneiro, *Da antecipação*, n. 34, p. 50.

antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. Como se pode notar do dispositivo legal, não se trata propriamente de uma petição inicial, mas de um requerimento inicial voltado exclusivamente à tutela de urgência pretendida, ainda que o § 4.º do mesmo dispositivo legal exija a indicação do valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

Na hipótese de indeferimento do pedido, caberá ao autor, nos termos do § 6º do art. 303 do CPC, emendar a petição inicial em até 5 dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução do mérito. O prazo de 5 dias pode ser prorrogado pelo juiz, nos termos do art. 139, VI, do CPC, servindo para um aditamento que na verdade converterá o pedido de tutela antecipada no processo principal.

Como o juiz já indeferiu o pedido de tutela antecipada, se o autor não quiser partir para o processo principal basta deixar de emendar a petição inicial, com o que o processo será extinto sem prejuízo econômico ao autor, já que tudo ocorrerá antes da citação do réu e por isso não se justifica condenação ao pagamento de verbas honorárias.

O pronunciamento que indefere o pedido de tutela antecipada formulada em caráter antecedente é impugnável por meio do agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, I, do CPC. Nesse caso, cabe ao agravante obter a concessão de efeito suspensivo para evitar a extinção do processo em primeiro grau, sendo evidente o risco que corre se não for atribuído ao recurso o efeito suspensivo.

Caso a tutela antecipada seja concedida, o art. 303, § 1.º, I, do CPC exige que o autor adite a petição inicial, com a complementação da sua argumentação, juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 dias, ou em outro prazo maior que o órgão jurisdicional fixar, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito (art. 302, § 2.º, do CPC). Nos termos do § 3.º do mesmo dispositivo, esse aditamento dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.

O prazo previsto no art. 303, § 1º, I, do CPC, de certa forma conflita com a estabilização da tutela antecipada prevista no art. 304 do CPC. Dentro da normalidade, o autor será intimado da concessão da tutela antecipada antes de o réu ser citado, de forma que se for computado o prazo previsto no art. 303, § 1º, I, do CPC, fatalmente o pedido de tutela antecipada já terá se convertido em processo principal quando o réu tiver a oportunidade de deixar de se irresignar contra a decisão concessiva. E nesse caso a extinção não será meramente do pedido de tutela provisória de urgência, mas sim do próprio processo principal.

É possível até mesmo argumentar que, antes de saber se haverá ou não estabilização da tutela antecipada, não se pode exigir do autor a emenda de sua petição inicial, o que só se tornaria necessário se soubesse, diante da postura do réu, que o processo prosseguirá. De qualquer maneira, cabe ao autor,

mesmo que por cautela, cumprir o prazo previsto no inciso I do § 1º do art. 303 do CPC para não correr o risco de decorrido o prazo de reação do réu ter seu processo extinto sem resolução do mérito pela falta de emenda da petição inicial.

Por outro lado, entendo que mesmo tendo havido a emenda da petição inicial não se poderá presumir que com isso o autor abriu mão da estabilização da tutela antecipada e que, por tal razão, mesmo que o réu não interponha agravo de instrumento o processo seguirá normalmente. Nesse caso é o réu que deve se precaver agravando de instrumento mesmo que a petição inicial já tenha sido emendada. Não havendo agravo nesse caso entendo que o juízo deve intimar o autor para que ele se manifeste sobre a continuidade do processo em busca da tutela definitiva ou se já está satisfeito com a tutela antecipada estabilizada e por isso não se opõe à extinção do processo.

Os incisos do art. 303, § 1º, do CPC preveem regras que se encavalam, demandando dos operadores uma interpretação adequada. Ainda que o réu deva ser imediatamente citado quando houver a concessão da tutela pleiteada, até porque precisa tomar conhecimento da existência do processo e da concessão da tutela antecipada para agravar de instrumento, não tem sentido o art. 303, § 1.º, II, do CPC prever que o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334 e, conforme previsto no inciso III, § 1.º, do mesmo dispositivo legal, somente se não houver solução consensual, começará seu prazo para contestação (na realidade para sua defesa) nos termos do art. 335 do CPC.

Na realidade não faz qualquer sentido o réu ser citado em um processo que dependerá de um ato positivo do autor para não ser extinto sem resolução do mérito. Por outro lado, não tem sentido deixar para citar o réu somente depois de o autor ter emendado a petição inicial porque nesse caso se postergará em demasia sua ciência do processo e sua possibilidade de impugnar a decisão concessiva da tutela antecipada.

A solução é seguir a literalidade do art. 303, § 1º, II, do CPC e citar o réu e intimá-lo a comparecer a uma audiência de conciliação e mediação, que poderá não se realizar caso o autor não emende a petição inicial e o processo seja extinto ou o réu não se insurja contra a antecipação de tutela e o processo seja extinto com a estabilização da tutela antecipada.

E a essa espécie de tutela antecipada antecedente no processo coletivo aplica-se a estabilização da tutela antecipada regulamentada pelo art. 304 do Código de Processo Civil.

Mas mesmo na hipótese de pedido de tutela de urgência satisfativa de forma incidental, a verdade é que somente no caso do mandado de segurança coletivo essa conclusão vem sendo levada a sério, sendo bastante nas demais ações coletivas do processo coletivo o pedido de liminar em vez do de tutela antecipada. No entanto, essa situação parece ter menos a ver com a tutela coletiva e mais com o mandado de segurança em si. Contudo, mesmo no mandado de segurança não

é incomum a utilização da tutela antecipada, como se pode notar de decisões do Superior Tribunal de Justiça[16].

Nas demais ações coletivas, apesar da previsão e/ou possibilidade de utilização da liminar, é muito mais comum que os pedidos de tutela de urgência satisfativa sejam veiculados como tutela antecipada[17], mas também se encontram pedidos de liminar, o que demonstra a despreocupação prática com a devida apuração dessas duas espécies de tutela de urgência satisfativa.

Apesar da indevida e generalizada confusão, o Superior Tribunal de Justiça, independentemente do nome que atribua à tutela de urgência satisfativa – liminar ou tutela antecipada –, entende que seu cabimento exigia na vigência do CPC/1973 o preenchimento dos requisitos previstos no art. 273, *caput* (prova inequívoca da verossimilhança da alegação) e inciso I (fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação), do diploma processual revogado[18]. Diante de tal realidade, é presumível que continue a exigir os requisitos da tutela antecipada, agora previstos no art. 300, *caput*, do CPC/2015 (elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo).

17.3.1. Processo coletivo comum

Consta do art. 5º, § 4º, da Lei 4.717/1965 a previsão de que, na defesa do patrimônio público, caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado, do que se pode compreender a admissão expressa de tutela de urgência em favor do autor da ação popular. Tal previsão, entretanto, não afasta da ação popular a aplicação subsidiária das regras que regem a tutela de urgência no Código de Processo, inclusive com a admissão pelo Superior Tribunal de Justiça de pedido de tutela antecipada[19]. O mesmo se deve afirmar da ação civil pública[20] e da ação de improbidade administrativa[21], nas quais também será cabível a tutela de urgência satisfativa, usualmente requerida como tutela antecipada.

Na petição inicial já poderá constar pedido de tutela de urgência a ser concedida *inaudita altera parte*, embora não haja preclusão temporal para a elaboração de tal pedido, de forma que este poderá ser feito a qualquer momento do

[16] STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.541.822/PR, rel. Min. Herman Benjamin, j. 01/10/2015, DJe 02/02/2016; STJ, 1ª Seção, MS 15.472/DF, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 24.08.2011, *DJe* 30.03.2012; STJ, Corte Especial, AgRg na Rcl 4.299/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 17.12.2010, *DJe* 15.02.2011.

[17] Abelha Rodrigues-Klippel, Comentários, p. 75; Lorencini, Comentários, p. 475; Didier Jr.-Zaneti Jr., Curso, p. 316.

[18] STJ, 2ª Turma, AgRg no Ag 1.399.499/DF, rel. Min. Humberto Martins, j. 21.06.2011, *DJe* 29.06.2011; STJ, 1ª Turma, REsp 797.839/MT, rel. Min. Luiz Fux, j. 08.05.2007, *DJ* 31.05.2007, p. 354.

[19] STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 396.480/SC, rel. Min. Humberto Martins, j. 07/11/2013, DJe 14/11/2013; STJ, 1ª Turma, REsp 1.098.028/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 09.02.2010, *DJ* 02.03.2010.

[20] STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.404.305/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 25/08/2015, DJe 03/09/2015; STJ, Corte Especial, AgRg na SLS 1.948/RS, rel. Min. Francisco Falcão, j. 17/12/2014, DJe 18/02/2015.

[21] STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 472.350/SP, rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), j. 01/12/2015, DJe 11/12/2015; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.545.972/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 27/10/2015, DJe 20/11/2015.

procedimento. Além da inexistência da preclusão temporal, é preciso considerar que a crise de perigo nem sempre existe já no momento da propositura da ação, podendo dar-se de forma superveniente durante o procedimento. Portanto, seja porque, embora cabível, não houve o pedido na petição inicial, ou porque o pedido só passou a se justificar depois do momento inicial, será admissível o pedido de tutela de urgência satisfativa.

Cabe apenas a lembrança das vedações à concessão de tutela de urgência contra a Fazenda Pública, atualmente reunidas no art. 7º, § 2º, da Lei 12.016/2009. Como na ação popular necessariamente haverá ao menos uma pessoa jurídica de direito público no polo passivo, e embora não seja obrigatória, mas mais frequente do que o desejável, a presença do Estado no polo passivo da ação civil pública, é importante a lembrança, ainda que as vedações indicadas no dispositivo legal não sejam exclusividade da tutela coletiva.

Sob essa perspectiva, também é interessante lembrar as especificidades da tutela de urgência contra a Fazenda Pública.

A primeira delas é a exigência de sua oitiva prévia no prazo de 72 horas, prevista no art. 2º da Lei 8.437/1992 como condição de concessão de tutela de urgência pleiteada liminarmente. A exigência é repetida, especificamente com relação ao mandado de segurança coletivo, no art. 22, § 2º, da Lei 12.016/2009. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a exigência justifica-se para assegurar maior cautela nas decisões que envolvem interesse público.[22]

A inaplicabilidade da norma à ação popular não exige nem ao menos a alegação de sua inconstitucionalidade, com fundamento em exagerada prerrogativa (na verdade privilégio) em favor da Fazenda Pública em juízo, ainda que em detrimento de direito material evidente do autor. Basta para se chegar a tal conclusão observar a literalidade da norma, que exige a prévia oitiva somente nos casos de mandado de segurança coletivo e ação civil pública, e compreender que a ação popular não é alcançada pela exigência legal. O entendimento ora defendido, pela dispensa da oitiva prévia em ação popular, é encontrado em antigos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça[23].

Para a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, entretanto, o Superior Tribunal de Justiça vem exigindo a aplicação da regra legal[24], lembrando ser inaplicável a exigência de oitiva prévia sempre que o ato de constrição judicial não atinge bens ou interesses da pessoa jurídica de direito público[25].

Para parcela doutrinária, somente quando possível aguardar as 72 horas para a oitiva da Fazenda Pública sem risco de perecimento de direito ou de prejuízo irreparável, tal procedimento deve ser exigido, concluindo que, se for

[22] STJ, 1ª Turma, REsp 970.472/PB, rel. Min. Luiz Fux, j. 15.06.2010, *DJe* 01.07.2010.

[23] STJ, 2ª Turma, REsp 147.869/SP, rel. Min. Adhemar Maciel, j. 20.10.1997, *DJ* 17.11.1997, p. 59.508; STJ, 5ª Turma, REsp 73.083/DF, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 09.09.1997, *DJ* 06.10.1997, p. 50.063.

[24] STJ, Corte Especial, AgRg na SLS 1.499/SP, rel. Min. Ari Pargendler, j. 18.04.2012, *DJe* 14.05.2012.

[25] STJ, 1ª Turma, REsp 1.038.467/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 12.05.2009, *DJe* 20.05.2009.

caso de urgência urgentíssima, o requisito deverá ser afastado para não servir como motivo de frustração à concessão de tutela de urgência realmente efetiva[26].

A exigência de oitiva prévia conforme analisado, ainda que dificulte a concessão da tutela de urgência, não é, por si só, um impedimento definitivo à sua obtenção. Apesar disso, e sendo evidente que o direito poderá efetivamente perecer durante o tempo de espera pela oitiva da Fazenda Pública, a norma é inconstitucional, ofendendo o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF), e por isso não vejo razão sólida para afastar sua aplicação somente da ação popular.

Ainda mais séria e evidente é a inconstitucionalidade do art. 1º, § 3º, da Lei 8.437/1992, que veda a concessão de liminar contra o Poder Público que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação. Nesse caso, como o pedido de tutela antecipada tem como objeto a mesma pretensão contida no pedido, a aplicação do dispositivo legal significa na prática afastar essa espécie de tutela de urgência da ação coletiva, o que sacrifica relevantes direitos materiais, em ofensa insuportável ao art. 5º, XXXV, da CF[27].

Registre-se que o art. 1.059 do CPC prevê a aplicação do disposto nos arts. 1º a 4º da Lei 8.437/1992 à tutela provisória (antecipada, cautelar, evidência) requerida contra a Fazenda Pública, o que torna as limitações e dificuldades na concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública aplicáveis inclusive no processo individual.

Também são criticáveis e inconstitucionais as limitações legais à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública presentes, ainda que por vezes de forma repetitiva, no art. 1º da Lei 9.494/1997 e no art. 7º, § 5º, da Lei 12.016/2009. Apesar da grita uníssona da doutrina, que julga inconstitucional a expressa proibição de tutela de urgência por lei, considerando-se que essa vedação pode significar o perecimento de um direito evidente, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar no julgamento da ADC 4/DF, ao declarar constitucional o art. 1º da Lei 9.494/1997[28]. E é bem provável que o mesmo ocorra com o art. 7º, §§ 2º e 5º, da Lei 12.106/2009 no julgamento da ADIn 4.296/DF.

17.3.2. Mandado de segurança coletivo

17.3.2.1. Natureza jurídica

O art. 7º, III, da Lei 12.016/2009 prevê a possibilidade de o juiz suspender o ato que deu motivo ao pedido imediatamente, em nítida hipótese de tutela

[26] Andrade-Masson-Andrade, Interesses, 2.9.2.2.2, p. 184; Lorencini, Comentários, p. 482; Nery-Nery, Código, p. 1.466; Didier Jr.-Zaneti Jr., Curso, p. 318; Pereira, *Manual*, p. 191.

[27] Rodrigues, *Ação*, p. 309.

[28] STF, Plenário, ADC 4/DF, rel. Min. Sydney Sanches, rel. p/ acórdão Min. Celso de Mello, j. 01.10.2008 (*Informativo* 522/STF).

de urgência. Já defendi anteriormente que a natureza jurídica da "liminar" do mandado de segurança é de tutela de urgência satisfativa, a exemplo da tutela antecipada prevista no Código de Processo Civil[29]. Ao suspender liminarmente o ato impugnado, o juiz entrega ao impetrante um estado fático que é exatamente o mesmo que encontrará na futura e eventual vitória definitiva com a demanda, o que demonstra cabalmente a natureza satisfativa dessa espécie de tutela de urgência. A regra aplica-se tanto ao mandado de segurança individual como ao coletivo.

É indiscutível que a concessão da liminar afastará, no caso concreto, o perigo de ineficácia da tutela definitiva, o que pode levar o intérprete a defender sua natureza cautelar. Entretanto, esse afastamento é tão somente uma consequência da antecipação dos efeitos práticos da liminar, não compondo seu objeto[30], composto pela satisfação imediata no plano fático do direito do impetrante.

Entendo, portanto, que a liminar do mandado de segurança é uma verdadeira antecipação de tutela, ainda que contenha algumas especialidades procedimentais dignas de nota. No tocante aos requisitos, inclusive, é curioso observar que, segundo o art. 7º, III, da Lei 12.016/2009, basta haver fundamento relevante – grande probabilidade de o direito alegado existir – e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida pleiteada – *periculum in mora*. Curioso porque sugere uma especificidade que na realidade não existe.

O perigo de ineficácia da medida é exatamente o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo previsto no art. 300, *caput*, do CPC e a grande probabilidade de o direito existir deve derivar dos elementos argumentativos e/ou probatórios formulados pelo impetrante.

Como se pode notar do dispositivo legal, não há exigência de pedido expresso do impetrante, sendo que a doutrina majoritária construída na vigência do CPC/1973 entendia ser indispensável o pedido do autor[31]. Teria sido o silêncio da lei intencional, permitindo ao juiz uma atuação oficiosa?

A resposta a essa pergunta deve ser fundada em análise por analogia à tutela antecipada, considerando-se a identidade de natureza jurídica desta com a liminar do mandado de segurança.

No Código de Processo Civil de 2015 não há previsão expressa condicionando a concessão de tutela provisória de urgência a pedido expresso da parte, afastando-se, assim, da tradição do art. 273, *caput*, do CPC/1973. Por outro lado, também não existe um artigo que expressamente permita a sua concessão de ofício, ainda que em situações excepcionais, como ocorria no CPC/1973 com o art. 797.

[29] Neves, *Preclusões*, n. 4.1.3.2, pp. 180-183.

[30] Neves, *Manual*, n. 50.2.1.1, pp. 1.017-1.018.

[31] Pela necessidade de pedido da parte: Barbosa Moreira, *A antecipação*, p. 203; Nery Jr.-Nery, *Código*, p. 525; Gusmão Carneiro, *Da antecipação*, n. 41, p. 61; Zavascki, *Antecipação*, p. 115; Calmon de Passos, *Comentários*, n. 6.1.1, p. 32-34; Araken de Assis, *Doutrina*, p. 411.

Não deixa de ser uma opção no mínimo curiosa porque, enquanto com relação à medida cautelar sempre se entendeu pela possibilidade de sua excepcional concessão de ofício em razão do poder geral de cautela[32], no tocante à tutela antecipada, apesar da resistência de parte significativa da doutrina[33], o Superior Tribunal de Justiça passou a proferir decisões admitindo a concessão de ofício da tutela antecipada dentro da mesma excepcionalidade exigida para a concessão da medida cautelar sem a provocação das partes[34].

Entendo que mesmo diante do eloquente silêncio da lei, é provável que o tradicional poder geral de cautela se transforme num poder geral de tutela de urgência, sendo admitido, ainda que em caráter excepcional, a concessão de uma tutela cautelar ou antecipada de ofício[35].

Uma última ressalva se mostra importante. O poder geral ora sugerido, entendido como a possibilidade de concessão de ofício de uma tutela de urgência pelo juiz, afasta, ainda que excepcionalmente, o *princípio dispositivo*. O mesmo, entretanto, não se pode afirmar quanto ao princípio da *inércia da jurisdição*, ou da demanda, que determina ser inerte a jurisdição até que o interessado a provoque. A tutela de urgência a ser concedida pelo juiz, portanto, exige a existência de um processo já instaurado, não sendo lícito ao juiz dar início de ofício a qualquer processo, de qualquer natureza, ainda que para conceder uma tutela de urgência[36].

17.3.2.2. Prestação de garantia para a concessão da liminar

Na parte final do art. 7º, III, da Lei 12.016/2009, vem expressamente previsto que é facultado ao juiz exigir do impetrante uma caução, fiança ou depósito como condição para a concessão da liminar visando assegurar o eventual ressarcimento à pessoa jurídica pelos danos que poderão ser gerados pela efetivação de liminar concedida de forma indevida. Tratando-se de tutela de urgência, aplica-se ao caso a teoria do risco-proveito, de modo que o impetrante tenha responsabilidade objetiva (aplicação do art. 302 do CPC/2015) pelos danos que causar ao réu (pessoa jurídica de direito público), se o resultado final do mandado de segurança for de denegação da ordem.

Somente uma leitura mais afoita do dispositivo legal ensejará crítica à previsão legal, inclusive apontando-a como inconstitucional, por se constituir em obstáculo injustificável à concessão de tutela jurisdicional. Como a literalidade do

[32] STJ, 3.ª Turma, REsp 1.255.398/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.5.2014, *DJe* 30.5.2014; Marinoni-Arenhart, *Processo*, pp. 104-106; Nery-Nery, *Código*, p. 1.114; Lacerda, *Comentários*, n. 16, pp. 80-82.

[33] Barbosa Moreira, *A antecipação*, p. 203; Nery-Nery, *Código*, p. 525; Carneiro, *Da antecipação*, n. 41, p. 61; Zavascki, *Antecipação*, p. 115; Calmon de Passos, *Comentários*, n. 6.1.1, pp. 32-34; Araken de Assis, *Doutrina*, p. 411.

[34] STJ, 1.ª Turma, REsp 1.319.769/GO, rel. Min. Sérgio Kukina, rel. p/ acórdão Min. Benedito Gonçalves, j. 20.8.2013, *DJe* 20.9.2013; STJ, 2.ª Turma, REsp 1.309.137/MG, rel. Min. Herman Benjamin, j. 8.5.2012, *DJe* 22.5.2012.

[35] Flexa-Macedo-Bastos, *Novo*, p. 228. Contra, inadmitindo a concessão de ofício: Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Código*, p. 307; Didier Jr.-Braga-Oliveira, *Curso*, vol. 2, p. 593; Godinho, *Comentários*, p. 469.

[36] Câmara, *Lições*, v. 3, p. 49.

dispositivo determina, a prestação da contracautela não é medida obrigatória que se imponha em toda hipótese de concessão de liminar em mandado de segurança, sendo claro que o juiz poderá exigir a prestação de caução a depender do caso concreto. Essa previsão, no mais, sem previsão de que venha a ser atacada por suposta inconstitucionalidade, está consagrada no art. 300, § 1º, do CPC/2015. Em razão disso, não vejo futuro na ação declaratória de inconstitucionalidade promovida pela Ordem dos Advogados do Brasil (ADIn 4.296).

O receio não diz respeito propriamente à previsão legal, mas à postura que os juízes poderão adotar na aplicação da norma. As perspectivas não são boas. Na praxe forense é inegável o desprezo dos juízes pelos requisitos autorizadores da liminar na tutela cautelar quando o autor apresenta caução. O que interessa é simplesmente a caução, o que leva julgadores ao absurdo de nem mesmo analisar o teor da petição inicial, desde que já exista caução prestada nos autos. A caução nunca deve ser considerada como exigência automática e/ou suficiente para a concessão da liminar no mandado de segurança, cabendo ao julgador examinar sempre as circunstâncias do caso concreto para somente em situações excepcionais exigir sua prestação[37].

17.3.2.3. Comunicações

O art. 3º da Lei 4.348/1964, com a redação dada pela Lei 10.910/2004, atribuía ao "juiz" (órgão jurisdicional) a informação dos representantes legais da pessoa jurídica de direito público no prazo de 48 horas das decisões judiciais. Pela previsão do art. 9º da Lei 12.016/2009, caberá à autoridade coatora informar o órgão ou a pessoa jurídica de direito público na pessoa de seu representante judicial, no prazo de 48 horas, contados da notificação da medida liminar. Note-se que a pessoa jurídica de direito público já terá sido informada da existência da demanda judicial por ato do juízo (art. 7º, II, Lei 12.016/2009), o que leva parcela da doutrina a entender que a comunicação a ser realizada pela autoridade coatora é desnecessária, podendo até mesmo ser descartada para evitar uma duplicação dispensável de atos processuais[38].

É certo que a propositura da ação e a concessão de liminar são atos processuais diferentes, e, nesse sentido, poder-se-á sustentar que a intimação do primeiro ato não descarta a cientificação do segundo, que, em virtude do dispositivo ora comentado, fica a cargo da autoridade coatora. O entendimento não se sustenta, porque, uma vez comunicada da existência do mandado de segurança e compreendendo ser ela o sujeito passivo do mandado de segurança, a pessoa jurídica de direito público será devidamente intimada de todos os demais atos processuais, inclusive da concessão de liminar[39].

[37] Scarpinella Bueno, *A nova*, p. 42; Medina-Araújo, *Comentários*, n. 7.4.8, pp. 126-127; Cerqueira, *Comentários*, pp. 87-88.

[38] Scarpinella Bueno, *A nova*, pp. 60-61.

[39] Medina-Araújo, *Mandado*, n. 9.1, p. 137.

De qualquer forma, ainda que se julgue desnecessária a informação pela autoridade coatora, considerando-se que a pessoa jurídica de direito público já estará ciente da concessão da liminar, é interessante manter o dever previsto em lei para que, no prazo de 48 horas, a autoridade coatora se veja compelida a indicar elementos necessários às providências a serem tomadas visando a "suspensão da medida" (o legislador teria sido mais técnico se tivesse se referido à revogação da liminar) ou mesmo à impugnação do ato coator. No tocante à União, existe inclusive lei específica que prevê esse dever (art. 4º da Lei 9.028/1995).

17.3.2.4. Vedação à concessão de liminares

O § 2º do art. 7º da Lei 12.016/2009 é um dos pontos mais baixos da nova legislação do mandado de segurança, carregando nítida inconstitucionalidade[40] e confirmando a percepção de parcela da doutrina de que realmente a Fazenda Pública, em juízo, funciona com uma "superparte", que tudo pode e contra ela nada se pode, em nítida e indesejável ofensa ao princípio da isonomia[41].

O dispositivo legal proíbe expressamente a concessão de liminar em mandado de segurança que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza. Para blindar de forma definitiva o Poder Público, o § 5º do art. 7º da Lei 12.016/2009 veda que as matérias anteriormente descritas sejam objeto de tutela antecipada, o que significa que, mesmo a parte optando pela tutela de seu direito pelas vias ordinárias, não fará jus à tutela de urgência satisfativa.

Dentre os absurdos que a lei poderá gerar no aspecto prático, encontra-se a permissão para que mercadorias e bens provenientes do exterior fiquem anos e anos à espera da decisão do mandado de segurança, o que naturalmente faz com que todos os envolvidos percam: perdem o Fisco, o importador, o dono do armazém alfandegário, o consumidor... Existem decisões de segundo grau que, para afastarem a aplicação do art. 1º da Lei 2.770/1956 – agora revigorado pelo art. 7º, § 2º, da Lei 12.016/2009 –, limitam a proibição à liberação de mercadorias e bens de procedência estrangeira apreendidos em decorrência de atividades ilícitas, como contrabando ou descaminho, mas parece não ser esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que prefere a interpretação literal do dispositivo legal[42].

17.3.2.5. Efeitos da liminar

É preciso ter cuidado com a interpretação do art. 7º, § 3º, da Lei 12.016/2009. Em um primeiro momento, parece que a interpretação literal é

[40] Cerqueira, Comentários, p. 90; Scarpinella Bueno, *A nova*, pp. 45-46.

[41] Dinamarco, *Instituições*, v. 1, pp. 210-213.

[42] STJ, 2ª Turma, REsp 666.092, rel. Min. Eliana Calmon, j. 28.03.2006, *DJ* 30.05.2006, p. 137.

suficiente para demonstrar a vontade do legislador, mas acredito que cabe ao intérprete ir um pouco além da literalidade do dispositivo legal. Segundo o dispositivo mencionado, os efeitos da liminar persistirão até a sentença, salvo se revogada ou cassada.

À primeira vista, o dispositivo consagra expressamente a regra de que toda tutela de urgência é provisória (art. 294, *caput*, do CPC/2015), não sendo diferente com a liminar do mandado de segurança. É natural que, se interposto o recurso de agravo de instrumento contra a decisão liminar concessiva de mandado de segurança, a revogação ou modificação da decisão impugnada poderá ocorrer tanto do juízo de retratação que o juiz de primeiro grau poderá fazer como do resultado do recurso interposto. No entanto, mesmo sem a interposição do agravo de instrumento, a provisoriedade da decisão liminar permite ao próprio juízo que a proferiu revogá-la ou modificá-la.

Ampliando corretamente as situações nas quais o juiz estaria liberado para modificar o seu entendimento prévio, há opinião doutrinária de que não apenas a mudança da situação de fato permite ao juiz a modificação da decisão, mas também a superveniência de "novas circunstâncias", as quais resultariam da mudança dos fatos ou do surgimento de outra evidência sobre uma situação fática inalterada[43]. Há ainda uma terceira corrente doutrinária que defende o entendimento de que as novas circunstâncias podem ser tanto fáticas como jurídicas[44]. Dessa forma, caso antes de ser proferida a sentença se verifiquem novas circunstâncias, caberá a revogação ou cassação da medida liminar.

Ao prever que a liminar gera efeitos até a prolação da sentença, o dispositivo legal consagra a provisoriedade da liminar. Ser provisória significa que a tutela de urgência tem um tempo de duração predeterminado, não sendo projetada para durar para sempre. A duração da tutela de urgência depende da demora em obter a tutela definitiva, porque, uma vez concedida ou denegada, a tutela de urgência deixará de existir. Registre-se que, apesar de serem provisórias, nenhuma das tutelas de urgência é temporária. Temporário também tem um tempo de duração predeterminado, não durando eternamente, mas, ao contrário da tutela provisória, não é substituído pela tutela definitiva; simplesmente deixa de existir, nada vindo tomar seu lugar.

Portanto, a liminar sempre será substituída pela sentença, e, a partir desse momento, perderá sua eficácia. Sendo a decisão definitiva denegatória, imediatamente a liminar será revogada, sustando-se seus efeitos[45]; se a decisão for concessiva da ordem, apesar de a liminar perder seus efeitos, na prática eles continuam sendo os mesmos, mas agora gerados pela sentença que substituiu a

[43] Marinoni, *Antecipação*, p. 164; Didier Jr.-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 655; Figueira Jr., *Comentários*, p. 293; Calmon de Passos, *Comentários*, n. 6.10, p. 69; Moniz de Aragão, *Alterações*, p. 240.

[44] Gusmão Carneiro, *Da antecipação*, n. 65, p. 126.

[45] Súmula 405 do STF: "Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária"; Scarpinella Bueno, *A nova*, pp. 53-54.

liminar. Ainda que seja interposta apelação contra a sentença, sua eficácia atual é mantida, até porque tal recurso não tem efeito suspensivo, de forma que o resultado prático da sentença continuará a ser exatamente o mesmo anteriormente gerado pela liminar.

17.3.2.6. Perempção ou caducidade da liminar

Segundo o art. 8º da Lei 12.016/2009, será decretada a perempção ou caducidade da medida liminar em duas hipóteses: (a) criação pelo impetrante de obstáculo ao normal andamento do processo; (b) o impetrante deixar de promover, por mais de 3 dias, os atos e diligências que lhe cumprirem.

Os termos "perempção" e "caducidade" são utilizados de forma indistinta, sempre para determinar a perda de eficácia da liminar, devendo ser utilizados como sinônimos. Ainda que a perempção seja instituto de direito processual e a caducidade, de direito material, o legislador não foi feliz na escolha de nenhuma das duas nomenclaturas, considerando-se que perempção, nos termos do art. 486, § 3º, do CPC/2015, é a extinção do direito de ação, quando a mesma ação é repetida em três processos extintos por abandono do autor. De qualquer forma, independentemente da inadequação redacional, a melhor interpretação aponta para a perda de eficácia da liminar como significado dos termos legais.

Não há como confirmar uma impressão que tenho da redação do art. 8º da Lei 12.016/2009: os termos utilizados se prestam a indicar que, uma vez cassados os efeitos da liminar por conduta inapropriada do impetrante, não caberá a repetição do pedido de liminar. Nesse caso, o impetrante só poderá ser tutelado novamente com a decisão definitiva de concessão da segurança, salvo se demonstrar a ocorrência de novas circunstâncias, quando poderá fazer um novo pedido de liminar, e não apenas renovar o primeiro pedido.

A primeira conduta prevista pelo dispositivo legal é a criação de obstáculo ao normal andamento do processo, servindo a cassação de efeitos da liminar nitidamente como forma de sancionar processualmente a conduta da parte. Parcela da doutrina entende que a norma é inconstitucional, afirmando que para essa espécie de conduta já existe tipificação no ordenamento jurídico: ato de má-fé punível por meio de aplicação de multa de 1% do valor da causa (arts. 80, IV, e 81 do CPC/2015)[46]. Por outro lado, alega-se que não tem sentido sancionar o impetrante nesse caso porque não existe uma correlação sistemática entre a manutenção dos efeitos da liminar e o bom comportamento do impetrante[47].

Apesar das críticas feitas ao dispositivo legal nesse tocante, não concordo com a conclusão de que a norma seria inconstitucional nem mesmo inadequada. Atualmente é muito confortável ao autor beneficiado por uma tutela

[46] Medina-Araújo, *Mandado*, n. 8.2, p. 132.

[47] Scarpinella Bueno, *A nova*, p. 55.

de urgência satisfativa protelar a prolação da decisão definitiva, quando não tem razão, valendo-se de todos os subterfúgios possíveis e imagináveis. E nem se fale que nesse caso caberá a aplicação da multa do art. 81 do CPC/2015, porque, como sabido, essa multa cria uma obrigação de pagar quantia certa cuja satisfação nem ao menos é garantida. Isso sem falar que, muitas vezes, no caso concreto, o valor da multa é ínfimo, em consequência do baixo valor atribuído à causa. Entendo válidas outras técnicas procedimentais que sancionem a parte que protela o andamento do processo que não seja a multa, ainda mais quando a parte se encontra na confortável situação de beneficiária de tutela de urgência satisfativa.

A segunda causa para a cessação de efeitos da liminar é a omissão do impetrante na prática de ato processual no prazo de 3 dias úteis. Nesse tocante, acredito que a interpretação deva ser considerada à luz do princípio do impulso oficial do juízo, não havendo justificativa plausível para que a liminar perca sua eficácia se o juiz puder dar de ofício seguimento ao procedimento, sem qualquer prejuízo ao seu bom andamento. A inércia do impetrante, nesse caso, pode não ser apta a gerar atraso no andamento, tornando-se injustificável, sob qualquer aspecto de análise, que a liminar perca a eficácia.

Uma vez provocada a jurisdição, aplica-se a regra do impulso oficial, de maneira que o desenvolvimento do processo estará garantido, até certo ponto, independentemente de vontade ou provocação das partes[48]. Afirma-se que tal desenvolvimento está assegurado pela atuação oficiosa do juiz até certo ponto porque existem situações nas quais, sem a indispensável participação das partes, não haverá como aplicar o impulso oficial[49]. Há interessante lição doutrinária a apontar que o impulso oficial pode depender da colaboração das partes em dois aspectos: econômico e prestação de informações[50]. Nesses casos, entendo que a inércia do impetrante nos termos da lei justifica a cassação dos efeitos da liminar, já que sua inércia será apta a postergar a prolação da decisão definitiva.

É preciso observar, entretanto, que o prazo de 3 dias somente será aplicável em situações de ausência de prazo legal para a tomada de providências por parte do impetrante. Havendo prazo específico para a realização de um determinado ato processual, a liminar deve manter sua eficácia até o vencimento de tal prazo, como ocorre na aplicação do entendimento consagrado pela Súmula 631 do STF, que determina a extinção do processo de mandado de segurança se o impetrante não promover, no prazo determinado pelo juiz, a citação do litisconsorte passivo necessário. A emenda da petição inicial tem prazo de 15 dias, nos termos do art. 321 do CPC/2015, e, se o prazo legal é esse, não se deve aplicar o prazo previsto no dispositivo legal ora comentado.

[48] Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 248.
[49] Arruda Alvim, *Manual*, v. 1, p. 200.
[50] Greco, *Instituições*, pp. 559-560.

17.4. CAUTELAR

17.4.1. Processo coletivo comum

A única previsão expressa a respeito de amplo cabimento de tutela cautelar no processo coletivo é o art. 4º da LACP, que prevê a possibilidade de ajuizamento da ação cautelar para os fins da Lei, objetivando, inclusive, evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Já é mais que o suficiente para se adotar a tutela cautelar no microssistema coletivo, porque mesmo que não existisse tal previsão, a aplicação residual do Código de Processo Civil de 2015 certamente garantiria a concessão de tutela cautelar no processo coletivo.

A tutela cautelar é ampla, geral e irrestrita, significando que a parte que dela necessite deve apenas demonstrar o preenchimento do *fumus boni iuris* (elementos que evidenciem a probabilidade do direito) e o *periculum in mora* (perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo) no caso concreto para recebê-la. Significa que, pensando-se em poder jurisdicional, a tutela cautelar deve ser entendida como a proteção jurisdicional prestada pelo Estado para afastar o perigo de ineficácia do resultado final da pretensão definitiva da parte, funcionando como aspecto concreto da promessa constitucional de inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF)[51].

Trata-se de um dos sentidos possíveis do chamado poder geral de cautela, significando o generalizado poder estatal de evitar no caso concreto que o tempo necessário para a concessão da tutela definitiva gere a ineficácia desta. Essa amplitude da proteção jurisdicional no âmbito cautelar impõe que nenhuma restrição seja admitida no tocante ao direito concreto da parte em obter essa espécie de tutela quando demonstra os requisitos necessários previstos em lei.

Por isso, entendo que, salvo o que ocorre na LIA, a despreocupação do legislador em regulamentar as cautelares no processo coletivo não tem qualquer consequência relevante, aplicando-se a ele todas as regras consagradas no Código de Processo Civil a respeito do tema.

A exemplo do que sempre ocorreu com a tutela antecipada pleiteada de forma incidental, o diploma processual de 2015 passou a prever que a tutela cautelar pode ser requerida na própria petição inicial ou por mera petição durante o procedimento do processo principal. Aboliu-se, dessa forma, a ação cautelar incidental. No processo coletivo, a doutrina, mesmo na vigência do CPC/1973, era amplamente favorável à admissibilidade de formulação de pedido incidental de tutela cautelar no próprio processo principal, sem a necessidade de um processo cautelar incidental[52].

[51] Marinoni-Arenhart, *Processo*, p. 99; Nery-Nery, *Código*, p. 1.115.
[52] Mazzilli, A defesa, pp. 532-533; Scarpinella Bueno, Curso, v. 2, t. III, p. 243; Leonel, Manual, 5.15.1, p. 322.

O entendimento, entretanto, não afasta o processo autônomo cautelar do microssistema coletivo, considerando sua manutenção na hipótese de pretensão cautelar antecedente. Apesar de muitas opiniões doutrinárias defenderem a supressão da ação cautelar, mesmo antecedente, do sistema processual pelo Código de Processo Civil de 2015, na realidade isso não ocorreu.

Ainda que o art. 308, *caput*, do CPC/2015, preveja uma possível conversão do pedido cautelar antecedente em processo principal, a verdade é que serão várias as hipóteses em que o processo que veicula o pedido cautelar chegará ao seu fim, sem qualquer conversão em processo principal.

Se o autor não consegue sua tutela cautelar formulada em caráter antecedente de forma liminar, o processo prossegue nos termos dos arts. 305 a 307 do CPC/2015. Não tenho qualquer dúvida de que nesse caso haverá um processo cautelar, com pedido cautelar que poderá ser acolhido ou rejeitado na sentença.

Por outro lado, sendo concedida a tutela cautelar, mas não efetivada, não tem início a contagem do prazo previsto no art. 308, *caput*, do CPC/2015. Nesse caso, ainda que seja admitido ao autor já elaborar o pedido principal, poderá não o fazer e ainda assim manterá a eficácia da tutela cautelar já concedida. E o processo seguirá o procedimento previsto nos arts. 305 a 307 do CPC/2015, sendo também nesse caso um processo cautelar.

17.4.2. Cautelares nominadas na Lei de Improbidade Administrativa

17.4.2.1. Introdução

A Lei 8.429/1992 prevê expressamente três espécies de medidas cautelares: (a) a indisponibilidade de bens prevista no art. 7º; (b) o sequestro previsto no art. 16; e (c) o afastamento temporário de cargo, emprego ou função, disposto no art. 20, parágrafo único.

Naturalmente, admitir-se-á no plano da improbidade administrativa qualquer medida cautelar, independentemente do rol legal. A tutela cautelar será concedida sempre que presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, a despeito de previsão legal específica ou genérica, de forma que essa amplitude de tutela cautelar existente em nosso sistema processual certamente valerá também para a ação de improbidade administrativa.

No tratamento do tema é importante consignar que o Código de Processo Civil de 2015 não prevê mais cautelares típicas, restando tão somente – e de forma suficiente – o poder geral de cautela. Essa observação preliminar é de suma importância quando se buscar comparar as cautelares típicas previstas na Lei 8.429/1992 com as cautelares típicas que estavam previstas no CPC/1973, mas não constam do CPC/2015. Se é verdade que as cautelares de arresto e sequestro não são mais cautelares típicas, não deve ser ignorado o art. 301 do CPC/2015 que continua a mencionar expressamente o arresto e sequestro.

Acredito ser o dispositivo desnecessário, mas sendo impossível ignorá-lo, parece que os termos podem continuar a ser utilizados para designar cautelar de bens indeterminados para garantir futura execução de pagar quantia certa (arresto) e de bens determinados para garantir futura execução de entregar coisa (sequestro). Procedimentalmente, entretanto, não haverá qualquer especialidade, o que, inclusive, gera consequências pontuais na comparação que será realizada no presente capítulo.

Na realidade, a tutela de urgência comum é plenamente aplicável à ação de improbidade administrativa, ou seja, tanto a tutela cautelar como a tutela antecipada podem ser pedidas e concedidas em tal ação, desde que preenchidos os requisitos. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já teve a oportunidade de decidir pelo cabimento de concessão de liminar (tutela antecipada *inaudita altera parte*) em ação de improbidade administrativa, excluindo de seu alcance, entretanto, os pedidos sancionatórios de aplicação de multa civil, perda da função pública e suspensão dos direitos políticos.[53]

De qualquer forma, como o objetivo da presente obra é o enfrentamento de questões referentes à Lei de Improbidade Administrativa, a análise se limitará às medidas cautelares previstas na Lei 8.429/1992, sendo certo que tais medidas poderão ser aplicadas em outras espécies de ação coletiva que visem tutelar o patrimônio público em consideração ao microssistema coletivo. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já admitiu a cautelar de indisponibilidade de bens prevista no art. 7º da Lei 8.429/1992 em ação popular.[54]

Ainda em caráter introdutório, é preciso registrar que o art. 300, *caput*, do CPC/2015 tornou homogêneo o tratamento dos requisitos necessários para a concessão da tutela de urgência. Significa dizer que tanto para a concessão da tutela cautelar como antecipada os requisitos são os mesmos: a existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Tal circunstância, entretanto, não parece capaz de impedir que, quando analisados tais requisitos no âmbito da tutela cautelar, continuemos a nos valer dos consagrados termos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. E com base nessa premissa a análise das cautelares nominadas pela Lei 8.429/1992 não abandonará a tradicional e consolidada nomenclatura.

17.4.2.2. Indisponibilidade de bens

17.4.2.2.1. Natureza jurídica

Pelo princípio da instrumentalidade, o processo cautelar terá sua função ligada a um outro processo, chamado de principal, cuja utilidade prática do

[53] Informativo 531/STJ, 2.ª Turma, REsp 1.385.582-RS, Rel. Herman Benjamin, j. 1.º.10.2013.

[54] STJ, 2.ª Turma, AgRg no REsp 957.878/MG, Rel. Min. Castro Meira, j. 11.12.2012, *DJe* 04.02.2013.

resultado procurará resguardar. O processo cautelar, assim, é um instrumento processual para que o resultado de um outro processo seja útil e eficaz. Se o processo principal é o instrumento para a composição da lide ou para a satisfação do direito, o processo cautelar é o instrumento para que essa composição ou satisfação seja praticamente viável no mundo dos fatos[55]. Essa característica faz a tutela cautelar merecer a alcunha de "instrumento do instrumento" ou de "instrumento ao quadrado"[56].

Não se nega que a instrumentalidade seja característica de todo e qualquer processo, considerando-se que este serve como instrumento para a parte obter o bem da vida desejado, amparado no direito material. A ideia do processo como mero instrumento na busca do direito material está amplamente consagrada pela doutrina processual contemporânea. A característica especial de instrumentalidade no processo cautelar se deve justamente a que este não serve de instrumento para a obtenção do bem da vida, mas sim para tornar possível tal obtenção. Dessa forma, surge a nomenclatura "instrumento do instrumento" ou "instrumentalidade ao quadrado", que aponta para a característica peculiar do processo cautelar de servir de instrumento para o processo principal – que também é instrumento – no qual a parte obterá o bem da vida pretendido.

A instrumentalidade da tutela cautelar faz com que tal espécie de tutela sirva como instrumento apto a garantir que o resultado final do processo seja eficaz, significando que tal resultado tenha condições materiais para gerar os efeitos práticos normalmente esperados. O próprio nome do instituto – cautelar – expressa de maneira clara a ideia de que essa espécie de tutela presta-se a garantir, acautelar, assegurar alguma coisa, que é, como foi visto, justamente o resultado final do processo principal. A característica analisada da tutela cautelar refere-se, essencialmente, à função de proteger o resultado final do processo principal, seja esse de conhecimento, seja de execução. Nesse ponto de vista, qualquer processo que não gere o conhecimento ou satisfação do direito material, mas somente prepare o caminho para tais realizações, poderá ser considerado como processo cautelar.

Parece não haver qualquer dúvida a respeito da natureza cautelar da indisponibilidade de bens prevista no art. 7º da Lei 8.429/1992, já que a medida busca preservar bens no patrimônio do acusado de ato de improbidade administrativa visando garantir a eficácia da futura e eventual execução de pagar quantia certa. Corretamente, parcela da doutrina, inclusive, aponta para uma semelhança com o arresto cautelar previsto no art. 301 do CPC/2015, pois, a exemplo dessa cautelar nominada, a indisponibilidade também recai em bens indeterminados do patrimônio do pretenso devedor[57].

[55] Theodoro Jr., *Processo*, n. 44, pp. 65-66; Fux, *Curso*, p. 1.553; Barbosa Moreira, *O novo*, p. 309.

[56] Fux, *Curso*, p. 1.553; Câmara, *Lições*, v. 3, p. 21. Contra: Marinoni-Arenhart, *Processo*, pp. 35-36.

[57] Garcia-Alves, Improbidade, n. 14.2.2.1, p. 767. Contra: Marques, Improbidade, p. 176.

Na vigência do CPC/1973 havia corrente doutrinária que afirmava haver diferença entre a indisponibilidade de bens e o arresto cautelar em razão da inaplicabilidade dos requisitos desta última à primeira para a concessão da medida, considerando inaplicáveis à cautelar de indisponibilidade os arts. 813 e 814 do CPC/1973.[58] Essa discussão perdeu relevância com o advento do Código de Processo Civil de 2015, que deixou de tipificar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* na cautelar de arresto.

Apesar das semelhanças, há uma diferença fundamental entre o arresto cautelar e a indisponibilidade de bens da improbidade administrativa, suficiente para distingui-las.

Conforme observa a melhor doutrina, a medida de indisponibilidade de bens é mais enérgica que o arresto, porque, enquanto essa somente diminui a disponibilidade sobre o bem, dissuadindo terceiros de adquiri-lo em razão de eventual fraude, aquela cria uma proibição de alienação, evitando qualquer espécie de transferência dos bens[59]. Naturalmente que essa vedação só será eficaz após a averbação da medida cautelar no registro dos bens, e para bens não registráveis a eventual alienação será ineficaz perante o credor, exatamente como ocorre com o ato praticado em fraude à execução.

Justamente por se tratar de uma medida cautelar que busca garantir a eficácia de uma futura execução de pagar quantia certa na hipótese de acolhimento do pedido condenatório da ação de improbidade administrativa, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo com acerto que a medida não deve atingir indistintamente todo o patrimônio do requerido, mas somente bens em valor suficiente para o ressarcimento do dano suportado pelo erário, conforme devidamente analisado no item 17.4.2.2.5.

17.4.2.2.2. Atos de improbidade e indisponibilidade

Nos termos do art. 7º, parágrafo único, da Lei 8.4229/1992, a indisponibilidade recairá sobre os bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito. Conforme devidamente analisado no item 4.1.4, são três as espécies de atos de improbidade: (a) os que importam enriquecimento ilícito, tipificados no art. 9º; (b) os que causam prejuízo ao erário, tipificados no art. 10; e (c) os que atentam contra os princípios da administração pública, tipificados no art. 11.

Existe interessante debate doutrinário a respeito de qual dessas ações pode ter a eficácia de seu resultado garantido pela cautelar de indisponibilidade. Não há qualquer dúvida sobre a abrangência das ações fundadas nos atos tipificados nos arts. 9º e 10, o mesmo não ocorrendo quanto aos atos tipificados no

[58] Decomain, Improbidade, n. 9.2.8.2, pp. 276-278; Costa, A indisponibilidade, *In:* Delfino-Rossi-Mourão-Chiovitti, *Tendências*, p. 263; Santos, Improbidade, 4.2.4.1, p. 275.

[59] Fonseca Costa, A indisponibilidade, pp. 264-265; Brito dos Santos, Improbidade, 4.2.4.1, p. 274.

art. 11. Sendo o ato de improbidade administrativa caracterizado como aquele que atenta contra os princípios da administração pública, será cabível a medida de indisponibilidade de bens?

Parcela da doutrina responde de forma afirmativa o questionamento, sustentando que mesmo os atos tipificados pelo art. 11 da Lei 8.429/1992 podem gerar prejuízos ao erário, sendo, portanto, admissível a medida cautelar[60]. Entendo que a conclusão pelo cabimento é correta, mas o fundamento, inadequado. Havendo prejuízo ao erário, mesmo que o ato atente contra princípios da administração pública, ele será tipificado pelo art. 10 da referida Lei, sendo, portanto, cabível a medida cautelar[61].

Contudo, mesmo que não se anteveja qualquer prejuízo ao erário decorrente do ato de improbidade administrativa disposto no art. 11 da Lei 8.429/1992, será cabível a medida de indisponibilidade de bens para garantir a multa civil sancionatória prevista pelo dispositivo legal. Ainda que nesse caso não se trate propriamente de reparação de danos, em razão da natureza punitiva da multa, conforme correto entendimento do Superior Tribunal de Justiça[62], a execução da multa também será a de pagar quantia certa, sendo indiscutível que sua eficácia pode ser garantida pela indisponibilidade de bens ora analisada. E para isso, insista-se, não é necessário que exista qualquer dano ao erário ou enriquecimento ilícito.

17.4.2.2.3. Legitimidade ativa

Nos termos do art. 7º, *caput*, da Lei 8.429/1992, quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá à autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Segundo os termos do dispositivo ora comentado, a representação ao Ministério Público para que adote as devidas providências visando a indisponibilidade de bens do indiciado será realizada pela autoridade administrativa responsável pelo inquérito. Trata-se da investigação administrativa prevista pelo art. 14 da Lei 8.429/1992, conduzida por uma comissão processante. Ainda que seja plenamente cabível imaginar o iter procedimental da indisponibilidade, conforme previsto pelo art. 7º da Lei de Improbidade Administrativa, é preciso reconhecer que ele não é o único caminho possível.

Nos termos do art. 15, *caput*, da Lei 8.429/1992, a comissão processante dará conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas da existência do processo administrativo para apurar a prática de ato de improbidade, sendo,

[60] Marques, Improbidade, p. 175; Garcia-Alves, Improbidade, n. 14.2.2.1, p. 772.

[61] Ferraresi, Improbidade, pp. 56-57.

[62] STJ, 2ª Turma, EDcl nos EDcl no REsp 1.159.147/MG, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 15.02.2011, *DJe* 24.02.2011.

portanto, de conhecimento do Ministério Público tal procedimento investigatório. Nessa situação, o *parquet*, embora não tenha sido provocado pela comissão processante nesse sentido, considerando que há condições de fazer o pedido de indisponibilidade, assim procederá[63]. Por outro lado, é possível o trâmite de um inquérito civil anterior ou mesmo concomitante com o procedimento investigatório administrativo, em uma outra oportunidade para o Ministério Público entender adequado o pedido de indisponibilidade em que tenha sido provocado a tanto[64].

O que deve ficar claro é que a representação da autoridade administrativa ao Ministério Público não é condição *sine qua non* para o pedido de indisponibilidade de bens, considerando-se que o Ministério Público pode tomar conhecimento dos fatos que ensejam o pedido da medida cautelar de outras formas. A concessão de tal medida, portanto, depende tão somente do pedido do Ministério Público dirigido à autoridade judiciária e do preenchimento dos requisitos cautelares.

Por outro lado, sendo a Administração Pública legitimada ativa para a ação de improbidade administrativa, nos termos do art. 17 da Lei 8.429/1992, terá também legitimidade ativa para cautelar que busca garantir a eficácia de tal ação judicial[65].

Não se pode, portanto, concordar com opinião doutrinária que não só condiciona o pedido de indisponibilidade à representação da autoridade administrativa, como também exige que tal informação seja realizada somente ao final do procedimento investigatório[66]. O argumento de que, se o sujeito não é indiciado administrativamente, não poderia ser réu na ação judicial de indisponibilidade funda-se em clara e inadmissível violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no art. 5º, XXXV, da CF. Qualquer sujeito poderá ser réu em qualquer demanda judicial sem que exista contra ele qualquer processo administrativo, não havendo justificativa para tratamento diverso no tocante à medida cautelar ora analisada.

A preocupação com o contraditório e a ampla defesa é legítima, mas nunca servirá para impedir a propositura de ação judicial, de qualquer natureza, inclusive as cautelares com pedidos liminares. Exigir como condição para que o sujeito se torne réu na ação de indisponibilidade seu indiciamento no plano administrativo é criar uma condição para o exercício de ação injustificável, pretendendo-se tratar o réu dessa ação cautelar específica de forma diferente de réus em outras demandas cautelares.

Ademais, o entendimento criaria um lapso temporal – o processo investigatório – no qual o suspeito de ato de improbidade administrativa poderia dilapidar todo o seu patrimônio sem que nenhuma providência jurisdicional

[63] Ferraresi, Lei de Improbidade, p. 54; Brito dos Santos, Improbidade, 4.2.4.1, p. 279.

[64] Decomain, Improbidade, n. 9.2.8.2, p. 279.

[65] Marques, Improbidade, p. 175.

[66] Mattos, O limite, pp. 140-141.

pudesse ser tomada para evitar tal ato. Como se pode notar, condicionar o pedido de indisponibilidade à representação da autoridade administrativa ao final do procedimento investigatório criaria todas as condições para o acusado frustrar a efetividade da futura ação de improbidade administrativa.

Interessante questão que pode ser levantada diz respeito à eventual discordância entre a autoridade administrativa que conduz o processo investigatório e o Ministério Público. Basta imaginar que, mesmo instado a tanto, o Ministério Público entenda que não há condições para o pedido de indisponibilidade em juízo, restando inerte. Acredito que nesse caso não haja possibilidade de a autoridade administrativa realizar o pedido diretamente em juízo. Não que o Ministério Público seja o legitimado exclusivo para tal pedido, como sugere a redação do art. 7º, *caput*, da Lei 8.429/1992, mas porque falta tal legitimidade à autoridade administrativa que conduz o processo investigatório.

Entendo que o pedido de indisponibilidade de bens tem natureza cautelar, e como tal se presta a garantir a efetividade do processo principal. Partindo desse pressuposto, terão legitimidade ativa para o pedido cautelar todos os sujeitos legitimados à propositura do processo principal, nos termos do art. 17, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa.

17.4.2.2.4. Objeto da garantia

Segundo o parágrafo único do art. 7º da Lei 8.429/1992, a indisponibilidade de bens se presta a assegurar o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

Uma leitura mais atenta do art. 12 da referida lei, que versa não só sobre as penas imputáveis ao ímprobo, mas também sobre as reparações devidas pelo mesmo, levará o intérprete a concluir que existem três medidas que podem gerar uma execução civil no caso de procedência do pedido: (i) perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; (ii) ressarcimento integral do dano; (iii) aplicação da multa civil. Nesses três casos será cabível a execução de entrega de bens (perda dos bens) e mais frequentemente de pagar quantia certa.

A observação é interessante porque o dispositivo ora analisado prevê expressamente que a garantia gerada pela indisponibilidade de bens refere-se exclusivamente às tutelas de perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio e à reparação integral do dano causado ao erário. Nada existe quanto à multa civil, que gerará uma obrigação de pagar quantia certa que, ao ser executado, também dependerá de patrimônio do devedor para ser satisfeita. Poderia servir a cautelar de indisponibilidade de bens também para garantir a futura execução da multa civil, não obstante o silêncio do art. 12, parágrafo único, da Lei 8.429/1992?

Parcela da doutrina considera que a ausência de previsão legal da multa civil a exclui do âmbito da medida de indisponibilidade, que deve ser limitada a perda de bens ou valores obtidos ilicitamente e à reparação do dano gerado

ao erário[67]. Não é esse, entretanto, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que inclui a multa civil no cálculo da indisponibilidade, ressaltando que a garantia tem como objeto o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário e o pagamento da multa civil, chamada de "sanção autônoma"[68].

Compreende-se a interpretação ampliativa dada ao art. 7º, parágrafo único, da Lei 8.429/1992, tomando-se como fundamento o espírito da lei. A redação do dispositivo demonstra que a maior preocupação do legislador foi com a reparação de danos suportados pelo erário, o que é totalmente compreensível. Ocorre, entretanto, que uma medida cautelar como a de indisponibilidade de bens tem como objetivo garantir a eficácia da futura execução de pagar quantia certa, e dentro desse propósito não se poderá excluir o valor gerado pela aplicação da multa civil[69].

O espírito da lei é assegurar a eficácia da decisão de procedência na ação de improbidade administrativa, e, se essa decisão contém um capítulo condenatório que fixa uma multa civil, não há qualquer sentido lógico ou jurídico em excluir tal capítulo do âmbito garantidor da medida de indisponibilidade de bens. A exclusão nesse caso poderia contribuir com uma ineficácia parcial da ação de improbidade administrativa, o que certamente não era a vontade do legislador ao criar o dispositivo ora analisado.

E é o mesmo espírito da lei que motivou o Superior Tribunal de Justiça a decidir pela viabilidade de o juiz determinar bloqueio de bens em valor superior ao indicado pelo autor na petição inicial, sempre com vistas a tutela adequada e suficiente do patrimônio público[70]. Podendo o juiz conceder medida cautelar de ofício em razão do poder geral de cautela, com mais razão poderá ampliar o âmbito da tutela cautelar expressamente requerida.

Outra interessante questão que envolve o objeto da indisponibilidade dos bens diz respeito a quais bens que compõem o patrimônio do devedor devem suportar a medida de constrição judicial.

No Superior Tribunal de Justiça está consolidado o entendimento de que mesmo bens adquiridos antes da prática do ato de improbidade administrativa devam suportar a medida de indisponibilidade, bastando para tanto que estejam no patrimônio do devedor no momento da efetivação da medida cautelar[71].

---

[67] Andrade-Masson-Andrade, Interesses, n. 6.11.1.3, p. 724.

[68] STJ, 2ª Turma, AgInt nos EDcl no AREsp 1.411.373/RJ, rel. Min. Assusete Magalhães, j. 23/05/2019, DJe 30/05/2019; STJ, 1ª Turma, AgInt no REsp 1.756.370/SC, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 02/04/2019; DJe 04/04/2019.

[69] Nesse sentido: STJ, 2ª Turma, REsp 1.023.182/SC, rel. Min. Castro Meira, j. 23.09.2008, *DJe* 23.10.2008. Contra: Brito dos Santos, Improbidade, 4.2.4.1, p. 274.

[70] Informativo 533/STJ, 1ª Turma, REsp 1.176.440-RO, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 17.09.2013.

[71] STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 698.259/CE, rel. Min. Benedito Gonçalves, 19/11/2015, *DJe* 04/12/2015; STJ, 2ª Turma, EDcl no AgRg no REsp 1.351.825/BA, rel. Min. Og Fernandes, j. 22/09/2015, *DJe* 14/10/2015; Contra, defendendo que só respondem bens adquiridos depois do ato de improbidade administrativa: Meirelles-Wald-Mendes, Mandado, p. 276.

Entendo correto o entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça, porém chamo a atenção para o fato de que a medida cautelar se presta a garantir a futura execução de pagar quantia certa em razão do prejuízo gerado ao erário e referente à aplicação da multa civil. Nesse caso, pouco importa se o bem foi integrado ao patrimônio do ímprobo antes ou depois da prática do ato de improbidade administrativa, sendo plenamente aplicável ao caso na responsabilização patrimonial desse sujeito o art. 789 do CPC/2015.

17.4.2.2.5. Limites impostos ao ato de constrição

Conforme já devidamente demonstrado, a cautelar de indisponibilidade de bens ora analisada tem como função garantir a eficácia da futura execução de pagar quantia certa resultante da sentença de procedência na ação de improbidade administrativa. Nesse sentido, a constrição judicial deve ser suficiente para proporcionar tal eficácia, o que vincula o juiz ao valor, ainda que estimativo, que se buscará satisfazer no momento executivo.

Não há, portanto, qualquer sentido lógico ou jurídico na determinação de constrição de todo o patrimônio do pretenso ímprobo, sem nenhuma correspondência com o valor da satisfação que se buscará pela execução. A constrição de todo o patrimônio, nesse caso, se presta apenas a sancionar o acusado de improbidade administrativa, em uma espécie de vingança privada que pode atender bem a ânsia de justiça contra aqueles que supostamente desfalcam o erário, mas é incompatível com a ideia moderna de execução. A medida, afinal, é executiva, e não sancionatória[72].

Medidas executivas de vingança privada, tais como a morte ou escravidão do devedor, ou ainda a perda de todo o seu patrimônio, independentemente do valor da dívida ficaram em um passado distante, sendo incompatíveis com o processo de humanização, pelo qual passou a execução civil[73]. Dessa forma, deve ser elogiada a postura do Superior Tribunal de Justiça quando decide pela existência de uma correlação entre o valor dos bens que serão objeto da cautelar de indisponibilidade e o valor da execução cuja satisfação se busca garantir[74].

Há, inclusive, interessante entendimento do Superior Tribunal de Justiça que determina a diminuição da abrangência da medida cautelar de indisponibilidade quando esta recai no patrimônio dos pretensos devedores solidários representando o total do valor a ser garantido para cada um deles individualmente. Reconhecendo um excesso de cautela, pois, se a responsabilidade é solidária, não há razão para que cada um dos acusados tenha bens indisponíveis em valor representativo do

[72] Pazzaglini Filho, Lei de Improbidade, p. 185.

[73] Neves, Manual, n. 38.2, pp. 850-851.

[74] STJ, 2ª Turma, AgInt no REsp 1.770.485/SE, rel. Min. Francisco Falcão, j. 21/05/2019, DJe 28/05/2019; STJ, 1ª Turma, AgInt no REsp 1.571.721/SC, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 04/09/2018, DJe 21/09/2018.

total da pretensa dívida, decide corretamente que a medida deve se limitar pelo valor total da dívida[75].

Tema interessante respeitante aos limites do ato de constrição concerne à possibilidade de a indisponibilidade atingir bem de família do acusado de ato de improbidade administrativa. Naturalmente, se o bem foi adquirido de forma ilícita, como o produto do enriquecimento ilícito, responderá normalmente pela execução e por isso deve ser objeto da indisponibilidade. Por outro lado, o art. 3º, VI, da Lei 8.009/1990 afasta a impenhorabilidade do bem de família quando adquirido com produto de crime ou execução de sentença penal condenatória. A natureza cível da ação de improbidade administrativa torna inaplicável a segunda parte do dispositivo, mas, se restar configurado que o ato de improbidade administrativa foi criminoso, será possível a penhora do bem de família e por consequência sua indisponibilidade cautelar deve ser admitida[76].

E nos demais casos em que o bem tenha sido adquirido de forma lícita, sem qualquer vinculação com o ato de improbidade administrativa, ou ainda não haja crime no ato praticado pelo acusado?

Entendimento mais antigo do Superior Tribunal de Justiça apontava que a natureza de "bem de família" não afastava a possibilidade de o bem ser atingido pela medida cautelar de indisponibilidade.[77] Ainda que essas decisões do Superior Tribunal de Justiça defendessem uma diferença entre a indisponibilidade – voltada somente a evitar a alienação do bem – e a penhora – ato de garantia da satisfação do direito de crédito –, a função da indisponibilidade continua a ser a garantia de eficácia da futura execução de pagar quantia certa. Sendo o bem de família impenhorável, não há qualquer sentido em torná-lo indisponível porque, no momento executivo, esse bem não poderá servir à satisfação do direito, de forma que não terá qualquer sentido proceder à sua constrição cautelar.[78]

Como defendo a proximidade dessa cautelar de indisponibilidade com a cautelar de arresto, entendo plenamente aplicável o entendimento, consagrado inclusive no próprio Superior Tribunal de Justiça,[79] que aponta para a impossibilidade de o arresto recair sobre bem de família, justamente pela impossibilidade de penhora de tal bem na futura execução de pagar quantia certa.

E o próprio Superior Tribunal de Justiça parece que mais recentemente vem adotando esse correto entendimento, afastando da indisponibilidade bens impenhoráveis, salvo aqueles obtidos com o produto do ato de improbidade

[75] STJ, 1ª Turma, REsp 1.731.782/MS, rel. Min. Regina Helena Costa, j. 04/12/2018, DJe 11/12/2018.

[76] Decomain, 9.2.8.2, p. 283.

[77] STJ, 2.ª Turma, REsp 900.783/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 23.06.2009, *DJe* 06.08.2009; STJ, 1.ª Turma, AgRg no REsp 956.039/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 03.06.2008, *DJe* 07.08.2008.

[78] Costa, A indisponibilidade, *in:* Delfino-Rossi-Mourão-Chiovitti, *Tendências*, p. 266.

[79] STJ, 4.ª Turma, REsp 316.306/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 15.05.2007, *DJ* 18.06.2007, p. 265; Neves, *Manual*, n. 53.1, p. 1.228.

administrativa[80], ainda que se encontre decisão recente que equivocadamente admite a indisponibilidade de bem de família[81].

17.4.2.2.6. Forma de pedido de indisponibilidade

Como está redigido o art. 7º, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa, conclui-se que a medida cautelar de indisponibilidade será requerida por meio de processo cautelar antecedente, ou seja, antes do oferecimento da ação principal de improbidade administrativa. Não se nega essa possibilidade, que inclusive pode se mostrar a forma mais inteligente de se elaborar o pedido em razão da urgência da situação, mas pergunta-se: é possível o pedido incidental da medida cautelar durante a ação de improbidade administrativa?

Parece não haver dúvida a respeito da admissibilidade desse pedido incidental, pois não teria qualquer sentido criar uma vedação à proteção cautelar exclusivamente por já existir a ação principal. Se a função da medida cautelar é garantir a eficácia da futura execução de pagar quantia, pouco importa se já existe ou não a ação principal. Assim é com qualquer cautelar, e não seria diferente com a indisponibilidade prevista no art. 7º, *caput*, da Lei 8.249/1992.

O pedido incidental cautelar pode ser elaborado como tópico da petição inicial ou por meio de mera petição durante o procedimento, não existindo mais no Código de Processo Civil de 2015 espaço para a ação cautelar incidental.

Especificamente quanto à cautelar de indisponibilidade de bens e a ação de improbidade administrativa, a doutrina majoritária, mesmo na vigência do CPC/1973, já entendia ser cabível o pedido incidental, sem a necessidade de criação de novo processo de natureza cautelar.[82] O Superior Tribunal de Justiça, ao admitir que na própria petição inicial da ação de improbidade fosse elaborado o pedido de indisponibilidade de bens,[83] demonstrava com clareza que também havia adotado o entendimento de que o pedido durante a ação de improbidade deveria ser realizado de forma incidental, sem a necessidade de criação de um novo processo.[84] O Código de Processo Civil de 2015 apenas confirma legislativamente essa tendência.

Por fim, cabe registrar que o prazo previsto no art. 17, *caput*, da Lei 8.429/1992, só se justifica nas cautelares antecedentes, que precedem à ação

[80] A tese 8 da edição n.º 40 da "Jurisprudência em Teses" do STJ dispõe: "A indisponibilidade de bens prevista na LIA – Lei de Improbidade Administrativa pode alcançar tantos bens quantos necessários a garantir as consequências financeiras da prática de improbidade, excluídos os bens impenhoráveis assim definidos por lei". STJ, 2.ª Turma, AgRg no AREsp 362.027/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 05.08.2014, DJe 18.08.2014; STJ, 1.ª Turma, REsp 1.164.037/RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. p/ acórdão Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 20.02.2014; DJe 09.05.2014.

[81] A tese 9 da edição n.º 40 da "Jurisprudência em Teses" do STJ dispõe: "Os bens de família podem ser objeto de medida de indisponibilidade prevista na Lei de Improbidade Administrativa, uma vez que há apenas a limitação de eventual alienação do bem".

[82] Decomain, *Improbidade*, n. 9.2.8.2, p. 279; Marques, *Improbidade*, p. 176.

[83] STJ, 2.ª Turma, EDcl no Ag 1.179.873/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 04.03.2010, *DJe* 12.03.2010.

[84] STJ, 1.ª Turma, REsp 439.918/SP, Rel. Min. Denise Arruda, j. 03.11.2005, *DJ* 12.12.2005, p. 270.

principal de improbidade administrativa. Realizado o pedido incidentalmente, naturalmente não haverá prazo para o ingresso da ação principal, que nesse caso já estará em trâmite.

17.4.2.2.7. Concessão liminar de medida cautelar

As medidas de tutela de urgência podem ser concedidas com base no princípio do contraditório tradicional ou do contraditório diferido, também chamado de postecipado. A estrutura básica do contraditório é: (i) pedido; (ii) informação da parte contrária; (iii) reação possível; (iv) decisão. É, realmente, mais adequada a estrutura do princípio do contraditório porque a decisão a ser proferida pelo juiz só ocorre depois da oportunidade de ambas as partes se manifestarem a respeito da matéria que constituirá o objeto da decisão.

Essa ordem, apesar de ser a preferível, pode excepcionalmente ser afastada pelo legislador, como ocorre na concessão das tutelas de urgência *inaudita altera partes*, em situações de extrema urgência, nas quais a decisão do juiz deve preceder a informação e a reação da parte contrária. Nesse caso, haverá um "contraditório diferido ou postecipado", porque, apesar de os elementos essenciais do princípio continuarem a existir, a inversão da sua ordem tradicional antecipa a decisão para o momento imediatamente posterior ao pedido da parte.[85] A estrutura do contraditório diferido é: (i) pedido; (ii) decisão; (iii) informação da parte contrária; e (iv) decisão, estando suas hipóteses de cabimento previstas no art. 9º, parágrafo único, do CPC/2015, interessando à presente discussão a permissão expressa de sua aplicação para a concessão de tutela provisória de urgência.

Ainda que excepcional, em situações de extrema urgência vem-se admitindo a concessão de tutelas de urgência antes mesmo da oitiva da parte contrária, que será intimada da decisão concessiva da tutela, e só poderá reagir a partir desse momento. Não há qualquer razão para que o contraditório diferido não possa ser também aplicado à cautelar de indisponibilidade de bens ora analisada. Pelo contrário, sendo medida voltada à garantia de eficácia de execução que busca recompor o erário, com ainda maior razão deve-se permitir, sempre que indispensável, a utilização do princípio do contraditório de forma diferida. É nesse sentido a jurisprudência firmada no Superior Tribunal de Justiça[86].

Interessante notar a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o recebimento da petição inicial prevista pelo art. 17 e parágrafos da Lei 8.429/1992 é medida procedimental exclusiva da ação principal de improbidade administrativa, de modo a não ser necessário o recebimento da petição inicial para somente depois conceder a medida cautelar de indisponibilidade[87].

[85] Câmara, *Lições de direito*, p. 53; Silva-Gomes, *Teoria geral*, p. 56; Theodoro Jr., *Curso*, n. 24, p. 31.

[86] STJ, 1ª Turma, REsp 1.078.640/ES, rel. Min. Luiz Fux, j. 09.03.2010, *DJe* 23.03.2010.

[87] STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 671.281/BA, rel. Min. Olindo Menezes (desembargador convocado do TRF 1ª Região), j. 03/09/2015, *DJe* 15/09/2015; STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 460.279/MS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 07/10/2014, *DJe* 27/11/2014.

Esse entendimento é importante porque confirma a possibilidade de concessão *inaudita altera parte* da medida de indisponibilidade de bens.

Ressalte-se, por fim, ser inaplicável à ação de improbidade administrativa a exigência prevista pelo art. 2º da Lei 8.437/1992[88]. A exigência de que no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública a liminar só possa ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas, não é cabível na ação de improbidade administrativa, porque nessa espécie de ação coletiva a pessoa jurídica de direito público é a vítima do ato de improbidade[89], sendo tal demanda voltada ao ato praticado pelo agente público, e não pela pessoa jurídica de direito público[90].

17.4.2.2.8. Requisitos para a concessão

Como toda tutela cautelar, a indisponibilidade de bens ora analisada depende da presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* para que possa ser concedida.

Quanto ao *fumus boni iuris*, parece não haver qualquer polêmica, aplicando-se as regras de teoria geral das cautelares, ou seja, a exigência de probabilidade de existência do direito material que será discutido na ação principal. No caso específico da improbidade administrativa, o convencimento do juízo de que há uma boa probabilidade de o ato tipificado na Lei 8.429/1992 ter efetivamente ocorrido. Nos termos de decisões do Superior Tribunal de Justiça, deve restar demonstrada a existência de indícios da prática dos atos tipificados no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa[91].

Já no tocante ao *periculum in mora* a questão não é tão tranquila. Apesar de ser amplamente majoritário o entendimento pela exigência desse requisito para a concessão da indisponibilidade de bens, não há homogeneidade quanto à forma de seu preenchimento no caso concreto.

Por um lado, existe a tese de que deve ser comprovado concretamente o perigo de ineficácia da futura e eventual execução, assim como ocorre em todas as medidas cautelares[92]. Para essa corrente doutrinária deve restar comprovado o perigo de dilapidação ou desvio patrimonial do acusado de improbidade para que se justifique a concessão da medida cautelar. Sendo a cautelar tutela que visa garantir a eficácia de um processo principal, se no caso não houver indicação de que o resultado de tal processo corra qualquer risco de ineficácia, não haveria razão para a determinação de indisponibilidade de bens.

[88] Brito dos Santos, Improbidade, 4.2.5, pp. 297-299.

[89] Ferraresi, Improbidade, p. 60.

[90] STJ, 2ª Turma, REsp 1.018.614/PR, rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.06.2008, *DJe* 06.08.2008.

[91] STJ, 2ª Turma, REsp 1.256.287/MT, rel. Min. Humberto Martins, j. 15.09.2011, *DJe* 21.09.2011.

[92] Mattos, O limite, pp. 166-171; Pazzaglini Filho, Lei de Improbidade, p. 183; Ferraresi, Improbidade, p. 59; Fonseca Costa, A indisponibilidade, p. 260; Meirelles-Wald-Mendes, Mandado, p. 277.

O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, consolidou o entendimento de que esse perigo de ineficácia na tutela de recomposição do erário é presumido, de forma que a indisponibilidade deve ser determinada mesmo sem qualquer demonstração concreta de que a medida seja necessária para garantir a futura execução de pagar quantia certa[93]. Parcela da doutrina apoia o entendimento jurisprudencial baseando-se na extrema dificuldade em se demonstrar, ainda que de forma indiciária, a intenção de dilapidação patrimonial pelo sujeito que é acusado de ato de improbidade administrativa[94].

Não consigo, do ponto de vista processual, aceitar a tese consagrada no Superior Tribunal de Justiça de *periculum in mora* presumido. Se o arresto cautelar depende do efetivo e real preenchimento desse requisito, como pode uma medida ainda mais severa limitar-se a presumi-lo como preenchido? O argumento de que a defesa do erário justificaria tal presunção pode parecer simpático à população já esgotada diante de tantos maus-tratos da coisa pública, mas não se sustenta juridicamente. Se assim não fosse, não só a medida cautelar de indisponibilidade de bens ora analisada se beneficiaria da presunção, mas todas as medidas cautelares que pudessem de alguma forma garantir uma efetiva reparação ao erário. Não se tem notícia de outras cautelares nesses termos gozando de tal prerrogativa.

Por outro lado, o argumento de que a comprovação do *periculum in mora* se mostraria extremamente difícil no caso concreto e poderia inviabilizar a medida cautelar desconsidera por completo a excepcionalidade dessa medida. Deve-se lembrar que a cognição realizada pelo juiz para a concessão da medida cautelar é sumária, fundada num juízo de probabilidade, de forma que meros indícios de que há um perigo de ineficácia do resultado final já seriam suficientes para a concessão da medida. Pode-se até imaginar que, em decorrência das dificuldades de tal prova, o juiz amenize o preenchimento desse requisito, se satisfazendo com uma mera possibilidade de dilapidação do patrimônio. Presumir tal perigo, entretanto, não parece razoável.

17.4.2.2.9. Prazo para a propositura da ação principal

Quando a medida cautelar é obtida em sede de processo antecedente, prevê o art. 308, *caput*, do CPC, um prazo de 30 dias para o ingresso da ação principal, com o nítido objetivo de evitar que a medida cautelar, provisória por natureza, se eternize. Favorecida a parte com a proteção cautelar, cabe a discussão da efetiva existência do direito material, que se dará com a devida ação principal, sendo bastante razoável o prazo de 30 dias para a sua propositura.

A redação do dispositivo legal é suficientemente clara ao estabelecer que o termo inicial da contagem do prazo é a efetivação da medida cautelar, ou seja, é

[93] STJ, 1ª Seção, REsp 1.366.721/BA, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, rel. p/ acórdão Min; Og Fernandes, j. 26/02/2014, DJe 19/09/2014 (Recurso Especial repetitivo tema 701).

[94] Garcia-Alves, Improbidade, 14.2.2.1, p. 768.

o efetivo cumprimento no plano dos fatos da decisão concessiva da tutela cautelar. Para fins de contagem do prazo do art. 308, *caput*, do CPC, é irrelevante o momento da propositura do processo ou mesmo da concessão da tutela; o único momento que interessa é o da efetivação da medida cautelar. Registrese que, em respeito ao princípio do *contraditório*, o prazo só terá início após a intimação da parte de que a medida cautelar foi devidamente cumprida[95]. Sendo parcialmente efetivada a decisão judicial, o prazo terá sua contagem iniciada, considerando-se que nesse caso já existe tutela cautelar a proteger a parte, ainda que parcial[96]. Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que, sendo diversos os réus, o prazo para a propositura da ação principal somente tem início para aqueles que sofreram constrição judicial em seus bens[97].

O art. 17, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa, prevê regra idêntica àquela consagrada no art. 308, *caput*, do CPC/2015, sendo nesse sentido até mesmo desnecessária. E as mesmas considerações aplicáveis a todas as medidas cautelares antecedentes são aplicáveis a cautelar de indisponibilidade antecedente à ação de improbidade administrativa. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já decidiu que o termo inicial do prazo para o ingresso da ação de improbidade administrativa é o primeiro ato de constrição judicial e não o momento em que se completa a medida de constrição[98], exatamente como ocorre em qualquer outra ação cautelar antecedente.

O objetivo de não eternizar a medida cautelar é providência que se impõe nas situações cautelares que geram à parte contrária uma constrição de bens ou restrição de direitos, não sendo justificável que o réu permaneça indefinidamente nessa situação de desvantagem material[99]. Dessa forma, no caso de a medida cautelar não gerar prejuízo ao requerido em termos de constrição de bens ou de restrição de direitos, não se justifica a aplicação da regra legal, como ocorre nas cautelares meramente conservativas (protestos, interpelações e notificações) e nas cautelares probatórias[100]. Não é, certamente, o caso da cautelar de indisponibilidade de bens, que com sua natureza de constrição de bens gera inegável dano ao requerido, de forma a ser totalmente justificável a exigência para a propositura da ação principal em 30 dias da efetivação da medida.

Há viva controvérsia a respeito da natureza jurídica desse prazo. Enquanto parcela da doutrina sustenta tratar-se de prazo decadencial[101], afirmando-o fatal

[95] Baptista da Silva, *Do processo*, p. 200.

[96] Marinoni-Mitidiero, *Curso*, p. 756; Shimura, *Arresto*, n. 8.7.2.1, p. 396; Informativo 427/STJ: 1ª Seção, REsp 1.115.370/SP, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 16.03.2010; STJ, 3ª Turma, REsp 757.625/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.10.2006, *DJ* 13.11.2006. Contra: Baptista da Silva, *Do processo*, p. 200.

[97] Informativo 424/STJ: 3ª Turma, REsp 1.040.404-GO, rel. originário Min. Sidnei Beneti, rel. para acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 23.02.2010.

[98] Informativo 432/STJ: 1ª Turma, REsp 945.439-PR, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 27.04.2010; Informativo 427/STJ: 1ª Turma, REsp 1.115.370/SP, rel. Min Benedito Gonçalves, j. 16.03.2010.

[99] Fux, *Curso*, p. 1.550.

[100] Theodoro Jr., *Processo*, n. 108, p. 150; STJ, 1ª Turma, REsp 641.665/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 08.03.2005.

[101] Orione, *Processo*, n. 16.1, p. 188; Nery-Nery, *Código*, p. 1.123.

e improrrogável[102], outra parcela critica tal entendimento, asseverando ser possível que o prazo legal seja suspenso ou interrompido[103]. O Superior Tribunal de Justiça entende tratar-se de prazo decadencial[104]. De qualquer forma, seja qual for a natureza do prazo, naturalmente seu decurso não impedirá a propositura da ação principal, sendo, na realidade, um prazo para a manutenção da eficácia da medida cautelar concedida em sede antecedente. Descumprido o prazo legal, a medida cautelar extinguiu-se *ipso iure*, ou seja, perdeu sua eficácia automaticamente[105], mas o direito à ação principal não será em nada afetado.

Entendo que a perda de eficácia da medida cautelar não deva necessariamente gerar a extinção da ação cautelar, que poderá seguir sem a tutela concedida em sede liminar. O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, entende que a não propositura da ação principal dentro do prazo legal acarreta a extinção do processo cautelar sem a resolução do mérito[106], havendo inclusive decisão específica nesse sentido a respeito da cautelar de indisponibilidade de bens antecedente à ação de improbidade administrativa[107].

17.4.2.3. Sequestro

17.4.2.3.1. Natureza jurídica

É significativamente polêmica a natureza jurídica da medida cautelar prevista no art. 16 da Lei 8.429/1992. Pela previsão expressa da lei trata-se de uma cautelar de sequestro, inclusive devendo se aplicar a ela o procedimento estabelecido para essa espécie de cautelar nos arts. 822 a 825 do CPC/1973. Registre-se que o Código de Processo Civil de 2015 não regulamenta mais de forma específica o procedimento da cautelar de sequestro, ainda que continue a prevê-la em seu art. 301. O procedimento, portanto, será o do processo cautelar comum.

Ainda que o art. 16, § 1º, da Lei 8.429/1992 deixe claro tratar-se a medida cautelar por ele prevista um sequestro, controverte a doutrina a respeito da natureza dessa medida, não sendo poucos os doutrinadores que defendem um equívoco da lei ao nominar de sequestro uma cautelar de arresto.[108]

São variados os motivos que levam a doutrina a diferenciar as cautelares de arresto e sequestro: (a) o arresto garante a eficácia de futura execução de pagar

[102] Theodoro Jr., *Processo*, n. 107, p. 149.

[103] Baptista da Silva, *Do processo*, p. 201.

[104] STJ, 3ª Turma, AgInt no REsp 1.444.419/MG, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 25/10/2016, DJe 10/11/2016; STJ, 2ª Turma, AgRg no Ag 1.319.930/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 07/12/2010, DJe 03/02/2011.

[105] Theodoro Jr., *Processo*, n. 107, p. 149; Baptista da Silva, *Do processo*, p. 202.

[106] REsp 704.538/MG, 4ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 15.04.2008, *DJ* 05.05.2008; REsp 923.279/RJ, 1ª Turma, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 22.05.2007, *DJ* 11.06.2007.

[107] Súmula 482/STJ: "A falta de ajuizamento da ação principal no prazo do art. 806 do CPC acarreta a perda da eficácia da liminar deferida e a extinção do processo cautelar".

[108] Gajardoni, *Comentários*, p. 290; Pazzaglini Filho, *Lei*, p. 186; Meirelles-Wald-Mendes, *Mandado*, p. 275.

quantia certa e o sequestro garante a eficácia de futura execução de entregar coisa[109]; (b) o arresto tem como objeto bens indeterminados do patrimônio do pretenso devedor e o sequestro tem como objeto bens determinados do patrimônio do requerido[110]; (c) no arresto não existe dúvida a respeito de quem é o dono da coisa constrita, enquanto no sequestro a coisa objeto de constrição foi, é ou será litigiosa[111], ou seja, existe uma incerteza subjetiva a respeito de quem é o dono; (d) o bem arrestado em determinado momento executivo passa a ser objeto de penhora, ao passo que o bem sequestrado passa a ser objeto de depósito[112].

As diferenças entre o arresto e o sequestro, entretanto, nunca impediram um tratamento procedimental homogêneo dessas duas espécies de cautelar. Conforme a previsão do art. 823 do CPC/1973, aplicava-se ao sequestro, no que coubesse, o estatuído acerca do arresto, naturalmente excluindo-se *a priori* os arts. 813 e 814 do mesmo diploma legal, de aplicação exclusiva ao arresto.

Com a supressão das cautelares nominadas operada pelo Código de Processo Civil de 2015, a questão procedimental está definitivamente superada, havendo atualmente apenas um procedimento cautelar comum, dependendo a concessão da tutela do preenchimento dos requisitos previstos no art. 300, caput, do CPC/2015. De qualquer forma, ao menos no campo acadêmico, é interessante definir qual a espécie de cautelar prevista no art. 16 da Lei 8.429/1992.

Segundo o art. 16, *caput*, da Lei 8.429/1992, a decretação do sequestro recairá sobre bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público, sendo claro que nesse caso estar-se-á a busca de bens resultantes de aquisições geradas com o dinheiro surripiado no Estado. Partindo dessa premissa, haverá uma cautelar que garantirá uma futura execução de pagar quantia certa, função desenvolvida pela cautelar de arresto.

Corroborando com o entendimento de que a cautelar ora analisada seja efetivamente um arresto e não um sequestro, o art. 16, § 2º, da Lei 8.429/1992 prevê expressamente a possibilidade de bloqueio de contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior. A constrição sobre dinheiro, no Brasil e no exterior, naturalmente se presta a garantir uma futura execução de pagar quantia certa, não guardando qualquer relação com a cautelar de sequestro.

O problema é que, ao se admitir a cautelar de sequestro como sendo na realidade um arresto, haverá sobreposição de cautelares na Lei 8.429/1992, que, ao prever a cautelar de indisponibilidade de bens, já previu uma cautelar com características de arresto. Há até mesmo doutrina que busca diferenciar as duas cautelares, afirmando que na indisponibilidade haverá apenas uma proibição

[109] Câmara, Lições, v. 3, p. 119.

[110] Theodoro Jr., Processo, n. 198, p. 234; Fux, Curso, p. 1.622.

[111] Pontes de Miranda, Comentários, v. 12, p. 118; Oliveira, Comentários, n. 35, p. 94; Greco Filho, Direito, n. 36, p. 191.

[112] Abelha Rodrigues, Manual, p. 687.

de alienação, enquanto no segundo caso haverá uma efetiva constrição judicial. Ainda que se admita a diferença, em ambos os casos o que se busca é preservar a eficácia da futura execução de pagar quantia certa.

Acredito ser cabível uma medida de sequestro como cautelar associada à ação de improbidade administrativa, mas não consigo enxergar essa natureza na cautelar prevista no art. 16 da Lei de Improbidade Administrativa. A cautelar de sequestro se voltaria à apreensão de bens indevidamente desviados da administração pública, de forma a garantir um retorno desses bens ao patrimônio público numa futura execução de entrega de bem, mas não parece ser o caso do cabimento da medida cautelar ora analisada.

Apesar de verificar uma similitude entre a cautelar de indisponibilidade e a de sequestro, inclusive com a indicação das mesmas posturas do ímprobo que justificam a necessidade da garantia cautelar, é interessante a utilização da medida de sequestro em duas hipóteses: (a) quando houver o desvio de bem do patrimônio público[113], e (b) quando for possível a indicação específica de bens a serem objeto de constrição judicial. Dessa forma, tem-se uma diferença entre as duas cautelares.

Há, inclusive, parcela da doutrina que defende uma natureza dupla da medida cautelar ora analisada, podendo tanto ter natureza de arresto como de sequestro. Por esse entendimento, tudo dependerá do objeto do pedido da constrição: (a) terá natureza de arresto se visar garantir o ressarcimento integral do dano, recaindo sobre todo o patrimônio do acusado de improbidade, ou (b) terá natureza de sequestro se pretender a constrição de bens determinados do patrimônio do acusado[114].

No Superior Tribunal de Justiça há entendimento consolidado de que, na indisponibilidade prevista no art. 7º da Lei 8.429/1992, o autor do pedido não precisa individualizar os bens sobre os quais recairá a constrição judicial, dando a entender que todo o patrimônio do acusado poderá suportar a medida cautelar, enquanto na cautelar de sequestro previsto pelo art. 16 da mesma lei é exigida tal individualização, considerando-se que a medida cautelar abrangerá bens determinados do patrimônio do acusado[115]. Ainda que admitida essa diferença entre as medidas, remanesce a conclusão de que em ambos os casos estar-se-á garantindo a futura execução de pagar quantia certa.

É interessante notar que os autores de ação de improbidade administrativa, em especial o Ministério Público, geralmente fazem o pedido de indisponibilidade e de sequestro de bens, de forma a toda e qualquer tutela cautelar estar incluída no pedido formulado. A postura é inteligente, porque foge de eventuais armadilhas acadêmicas, que poderiam gerar uma indevida limitação ao pedido

[113] Decomain, Improbidade, n. 9.2.8.1, p. 272.

[114] Costa, O processo, pp. 330-331.

[115] STJ, 2ª Turma, REsp 1.461.892/BA, rel. Min 17/03/2015; DJe 06/04/2015. No mesmo sentido: Garcia-Alves, Improbidade, n. 14.2.2.2, p. 772; Fonseca Costa, A indisponibilidade, p. 267.

cautelar a depender da premissa adotada quanto à natureza jurídica das medidas previstas nos arts. 7º e 16 da Lei de Improbidade Administrativa.

17.4.2.3.2. Atos de improbidade e sequestro

Como ocorre na cautelar de indisponibilidade de bens, também na cautelar de sequestro há debate a respeito de quais ações principais de improbidade administrativa poderão ter seu resultado garantido por tal cautelar. E mais uma vez o dispositivo associa a ideia de cautelar com o enriquecimento ilícito ou o dano gerado ao patrimônio público, o que remete o intérprete aos atos de improbidade tipificados nos arts. 9º e 10 da Lei 8.429/1992, excluindo-se os atos tipificados pelo art. 11 da mesma lei.

Partindo-se da premissa de que a medida tenha efetivamente natureza de sequestro, recaindo sobre bens determinados do patrimônio do acusado da prática de ato de improbidade, tem realmente sentido ser excluído o ato de improbidade que, apesar de atentar contra os princípios da Administração Pública não gera enriquecimento ilícito nem dano ao patrimônio público (art. 11)[116].

Como defendo a natureza de arresto dessa medida, entendo cabível sua concessão para garantir o pagamento da multa civil sancionatória, exatamente como foi defendido no tocante à indisponibilidade de bens. Caso, entretanto, se entenda que a medida é um sequestro, que recaia sobre bens específicos adquiridos com dinheiro desviado do erário ou subtraídos do patrimônio público, não vejo como a medida cautelar ora analisada possa ser utilizada quando o ato de improbidade administrativa for aquele previsto pelo art. 11 da Lei 8.429/1992.

17.4.2.3.3. Legitimidade ativa

Nos termos do art. 16, *caput*, da Lei 8.429/1992, havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

Da mesma forma que previsto na cautelar de indisponibilidade de bens, existe um procedimento previsto em lei para que o pedido de sequestro seja realizado em juízo, tendo início com a representação da comissão processante responsável pelo procedimento administrativo investigatório. E a exemplo do que ocorre com a indisponibilidade de bens, no sequestro essa representação é dispensável. Não seria admissível a criação de uma condição para o exercício da ação cautelar nesse sentido.

O mais interessante do artigo legal que prevê o sequestro na Lei de Improbidade Administrativa é a expressa menção à legitimidade da procuradoria do

[116] Andrade-Masson-Andrade, Interesses, n. 6.11.2, p. 725.

órgão lesado pelo ato de improbidade para a medida cautelar, restando indiscutível que para tal legitimidade basta ter a legitimidade para a ação principal da improbidade administrativa[117], exatamente como defendido no tocante ao pedido de indisponibilidade de bens, a par da omissão legislativa quanto a essa cautelar.

17.4.2.3.4. Objeto de constrição

No tocante ao objeto da medida cautelar prevista no art. 16 da Lei 8.429/1992, será imprescindível a determinação de sua real natureza jurídica. Conforme já analisado, caso entenda-se pela natureza de arresto cautelar, haverá uma sobreposição com a cautelar de indisponibilidade de bens, de forma que o objeto da garantia será o mesmo em ambas as medidas. Partindo-se da premissa de que a medida cautelar tem natureza de sequestro, como sugere o texto da lei, os bens a serem objeto da constrição judicial serão determinados, devendo ser especificados pelo autor em sua petição inicial.

Novamente chamo a atenção para o disposto no art. 16, § 2º, da Lei de Improbidade Administrativa, que admite o sequestro de contas bancárias e aplicações financeiras mantidas no exterior, hipótese frequentemente ensejadora da medida cautelar ora analisada. Partindo-se da premissa de que a medida é realmente um sequestro, caberá ao autor a indicação de quais contas e aplicações devem sofrer as medidas de constrição.

17.4.2.3.5. Limites impostos ao ato de constrição

Conforme analisado no item 17.4.2.2.4, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que, para a indisponibilidade de bens prevista no art. 7º da Lei 8.429/1992, é cabível que a constrição recaia sobre bens adquiridos antes da prática do ato de improbidade administrativa. O entendimento deve ser elogiado, porque a garantia de futuro ressarcimento ao erário deve recair sobre todo o patrimônio do acusado, independentemente do momento em que o bem foi por ele obtido.

Naturalmente que, ao se dar natureza jurídica de arresto a cautelar prevista pelo art. 16 da mesma lei, a conclusão deve ser a mesma. Se a medida cautelar servirá ao ressarcimento do prejuízo gerado ao erário, todos os bens do patrimônio do ímprobo devem ser objeto de constrição, sempre no limite do valor que deverá ser cobrado em via executiva.

Por outro lado, tratando-se de medida cautelar de sequestro, parece que o melhor entendimento é criar uma limitação temporal para que incida a constrição judicial. Se a medida visa a contrição de bens adquiridos com valores obtidos ilegalmente ou de bens desviados do patrimônio público, naturalmente somente

[117] Decomain, Improbidade, n. 9.2.8.1, p. 275; Andrade-Masson-Andrade, Interesses, n. 6.11.2, p. 724.

aqueles bens adquiridos após a prática do ato de improbidade administrativa poderão suportar a medida de constrição judicial[118].

Já no tocante aos bens impenhoráveis, em especial o bem de família, mais uma vez é essencial a determinação da natureza jurídica da medida cautelar.

Tendo natureza jurídica de arresto, as mesmas considerações já realizadas no tocante à indisponibilidade de bens podem ser aplicadas, de forma que não teria qualquer justificativa lógico-jurídica a constrição recair sobre bem que não poderá servir à satisfação do direito de crédito.

Por outro lado, tratando-se efetivamente de sequestro, recaindo sobre bens determinados desviados do Poder Público, qualquer bem será objeto da constrição judicial, inclusive aqueles que tenham a característica da impenhorabilidade[119]. Na realidade, o problema pode ser resolvido de forma bastante simples: se realmente a cautelar é um sequestro, não haverá penhora de bens na futura execução, que, por ser de entregar coisa, será garantida com o depósito de bens. Tal argumento já é o suficiente para afastar qualquer limitação da constrição judicial recair sobre bens impenhoráveis, inclusive o bem de família.

17.4.2.3.6. Forma do pedido de sequestro

O art. 16, § 1.º, da Lei 8.429/1992 determina a aplicação ao sequestro previsto no *caput* do dispositivo legal das regras procedimentais previstas nos arts. 822 a 825 do CPC/1973, mas no Código de Processo Civil de 2015 não existe previsão de procedimento específico para tal espécie de cautelar.

Diante da nova realidade procedimental, caberá o pedido de cautelar prevista no dispositivo ora comentado de forma antecedente ou incidental, seguindo-se nesses casos as regras procedimentais previstas nos arts. 300 a 302 e 305 a 310 do CPC/2015.

17.4.2.3.7. Concessão liminar

Mais uma vez, confirmando a extrema proximidade entre a cautelar de indisponibilidade de bens prevista no art. 7º e de sequestro prevista no art. 16 da mesma lei, aplicam-se a essa segunda espécie de cautelar as mesmas considerações já tecidas a respeito da primeira no tocante à possibilidade de concessão da medida liminarmente, antes mesmo da oitiva do réu. É nesse sentido, inclusive, o entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça[120].

Da mesma forma, é consagrado o entendimento de que essa decisão liminar a ser concedida na própria ação principal de improbidade administrativa, quando o pedido é feito incidentalmente, pode ser proferida antes mesmo do recebimento

[118] Garcia-Alves, Improbidade, n. 14.2.2.2, p. 773; Contra Andrade-Masson-Andrade, Interesses, n. 6.11.2, p. 725.
[119] Garcia-Alves, Improbidade, n. 14.2.2.2, p. 775.
[120] STJ, 2ª Turma, EDcl no REsp 1.163.499/MT, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 16.11.2010, *DJe* 25.11.2010.

da petição inicial, que é exigência para a admissão da ação principal, e nunca para a concessão de uma tutela cautelar *inaudita altera parte*. Nesse sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça[121].

17.4.2.3.8. Requisitos para a concessão

Conforme já restou amplamente demonstrado, existe muita dúvida a respeito da real natureza jurídica da medida prevista no art. 16 da Lei de Improbidade Administrativa. Não obstante a inegável divergência, a doutrina é tranquila a apontar a natureza cautelar da medida lá prevista, de forma a serem indispensáveis para sua concessão o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Como o Código de Processo Civil de 2015 não tipifica mais os requisitos da cautelar para a concessão do sequestro – ou do arresto – caberá no caso concreto a análise do preenchimento dos requisitos previstos no art. 300, *caput*, do CPC/2015.

O ponto mais polêmico diz respeito ao *periculum in mora* (previsto no art. 300, *caput*, do CPC/2015 como "o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo"). O Superior Tribunal de Justiça parece estender o entendimento já consagrado a respeito da indisponibilidade de bens à cautelar de sequestro, de forma a presumir a existência do *periculum in mora*. As decisões que tratam do tema costumeiramente se referem à indisponibilidade de bens e ao sequestro.[122]

Não concordo com o entendimento doutrinário que defende ser necessária a comprovação do efetivo *periculum in mora* na cautelar de sequestro, não sendo essa a realidade da cautelar de indisponibilidade de bens[123]. Não vejo diferença substancial entre as duas medidas cautelares para o tratamento diferenciado. Ou bem se exige a prova do *periculum in mora* em ambas ou em ambas o *periculum in mora* será presumido. As mesmas justificativas para se admitir a presunção desse requisito na indisponibilidade de bens aplicam-se à cautelar de sequestro.

Como já tive a oportunidade de afirmar, não entendo correta a tese consagrada pelo Superior Tribunal de Justiça de presunção do *periculum in mora*. Se esse é o meu entendimento para a cautelar de indisponibilidade de bens, não vejo por que modificá-lo para a cautelar de sequestro.

17.4.2.3.9. Prazo para a propositura da ação principal

Todas as considerações feitas a respeito do tema para a cautelar de indisponibilidade de bens no item 17.4.2.2 aplicam-se à cautelar de sequestro.

[121] STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.310.876/DF, rel. Min. Herman Benjamin, j. 22/11/2016, DJe 30/11/2016.
[122] STJ, 2.ª Turma, REsp 967.841/PA, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 16.09.2010, *DJe* 08.10.2010; STJ, 2.ª Turma, REsp 1.177.290/MT, Rel. Min. Herman Benjamim, j. 22.06.2010, *DJe* 01.07.2010; STJ, 2.ª Turma, REsp 1.135.548/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 15.06.2010, *DJe* 22.06.2010.
[123] Garcia-Alves, Improbidade, n. 14.2.2.2, p. 774.

17.4.2.4. Afastamento provisório do cargo, emprego ou função

17.4.2.4.1. Natureza jurídica

A doutrina parece tranquila na conclusão de que o afastamento provisório do cargo, emprego ou função prevista no art. 20, parágrafo único, da Lei 8.429/1992 tem natureza cautelar[124]. A conclusão parece acertada justamente pela motivação do afastamento presente no dispositivo legal mencionado: permitir a realização regular da instrução probatória. A cautelaridade da medida é explicada pelo perigo de que, sem a medida, a instrução da prova venha a ser sacrificada e, como consequência, a própria qualidade da prestação de tutela jurisdicional.

É de fundamental relevância a exata determinação da natureza dessa medida no âmbito da tutela de urgência, porque a conclusão de se tratar de uma tutela antecipada poderia ampliar consideravelmente seu plano de atuação. Como ensina a melhor doutrina, a tutela antecipada é espécie de tutela de urgência que antecipa os efeitos práticos da tutela a ser concedida definitivamente, de forma a criar uma situação fática idêntica àquela que será criada com a vitória definitiva da parte (trânsito em julgado da decisão de procedência).

O art. 20, *caput*, da Lei 8.429/1992 prevê que a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Tal regra consagra expressamente o princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º, LVII, aplicável a qualquer réu que venha a sofrer sanções, sejam elas de natureza penal ou administrativa, como é o caso das sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos.

Caso se atribua à medida de urgência ora analisada a natureza de tutela antecipada, será possível se concluir que a medida se presta como uma antecipação da futura condenação definitiva do réu. E mesmo tendo a condenação natureza constitutiva, nenhum empecilho haverá à concessão da tutela antecipada, considerando-se que não seria antecipada a tutela constitutiva em si, ou seja, a alteração da situação jurídica, mas apenas um efeito prático dessa tutela, qual seja, o afastamento do agente de seu cargo, emprego ou função.

A indiscutível natureza cautelar da medida, entretanto, não deixa espaço para a conclusão de que a medida de afastamento seja uma antecipação da futura condenação, sendo nesse sentido o entendimento pacífico na doutrina. Tanto assim que, ao menos para a maioria dos doutrinadores, a única justificativa plausível para a determinação prevista no art. 20, parágrafo único, é a indiscutível criação de obstáculos pelo agente à colheita da prova, não se prestando a medida a afastar do cargo, emprego ou função o acusado de improbidade em razão da

[124] Gajardoni, Comentários, p. 384; Garcia-Alves, Improbidade, n. 14.2.1, p. 753; Decomain, Improbidade, n. 9.2.8.4, p. 292.

grande probabilidade de ser realmente ímprobo, como forma de garantia a ordem pública ou a antecipação da pena[125].

17.4.2.4.2. Requisitos para a concessão

Tendo natureza jurídica de cautelar, o afastamento deve preencher os tradicionais requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*. Tratando-se, entretanto, de cautelar probatória, esses requisitos têm particularidades suficientes para diferenciá-la das demais espécies de cautelar. Como parto do pressuposto de que a medida é uma específica cautelar probatória, os requisitos exigidos para a sua concessão deverão levar em consideração essa realidade.

Nas cautelares probatórias existe divergência doutrinária a respeito da exigência ou não do *fumus boni iuris*. Como já tive a oportunidade de defender, o *fumus boni iuris* será exigido como em qualquer outra medida cautelar, mas com uma importante singularidade: enquanto nas cautelares em geral o *fumus boni iuris* diz respeito à probabilidade de o direito material existir, nas cautelares probatórias diz respeito ao direito à prova, em nada se referindo ao direito material[126]. Dessa forma, o requisito é facilmente preenchido no caso concreto, bastando ao autor demonstrar que tem o direito de produzir determinada prova.

Já o *periculum in mora* na medida ora analisada tem uma relevante singularidade quando comparado com as cautelares probatórias previstas no Código de Processo Civil. O ensinamento tradicional da doutrina é de que a cautelar probatória se justifica sempre que a produção da prova estiver em perigo em razão do tempo necessário para sua produção. Significa dizer que, havendo perigo de a prova não poder ser produzida em seu momento regular (fase de instrução do processo de conhecimento), a parte se valerá de uma antecipação temporal em sua produção. Apesar da infelicidade da tipificação, o art. 381, I, do CPC/2015 demonstra claramente a exigência desse perigo decorrente do tempo como condição para a produção antecipada da prova.

A medida de afastamento ora analisada também se justifica no perigo de a prova não poder ser produzida, mas tal risco não decorre do tempo, e sim da conduta do investigado. Na realidade, o momento de produzir a prova não estará sendo antecipado, em especial quando a prova for produzida judicialmente, de forma que o *periculum in mora* nesse caso não decorre do tempo necessário à produção da prova, mas sim da conduta adotada pelo acusado da prática de ato de improbidade administrativa.

É evidente que algumas posturas são facilmente tipificáveis na conduta descrita no art. 20, parágrafo único, da Lei 8.429/1992, tais como a coação de

[125] Gajardoni, Comentários, p. 387; Garcia-Alves, Improbidade, n. 14.2.1, pp. 759-760; Decomain, Improbidade, n. 9.2.8.4, p. 289.

[126] Neves, Ações, n. 7.1.1.1, pp. 198-205.

testemunhas e o desvio de documentos[127]. Entendo, entretanto, que, mesmo quando não houver indícios de tais condutas, ainda assim será possível o afastamento cautelar, sempre que a mera permanência do investigado no cargo puder gerar uma natural intimação das testemunhas, ainda que implícita, seja em razão de sua superioridade hierárquica, seja em razão de sua postura revanchista e rancorosa contra aqueles que se dispõem a testemunhar contra ele[128].

O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, parece ter um entendimento mais restritivo do dispositivo legal ora comentado, reservando o afastamento do agente público de seu cargo, emprego ou função em situações excepcionais, só podendo ser empregado quando, mediante fatos incontroversos, houver prova suficiente de que o acusado esteja dificultando a instrução processual[129].

Interessante notar que o Superior Tribunal de Justiça rotineiramente se vale do entendimento sumulado que restringe o efeito devolutivo do recurso especial à matéria de direito (Súmula 7/STJ) para não rever a decisão a respeito do pedido de afastamento temporário do agente público de seu cargo, emprego ou função[130], não deixando, entretanto, de asseverar a excepcionalidade da medida[131].

Registre-se interessante decisão do Superior Tribunal de Justiça no sentido de não haver uma preclusão temporal para o pedido de afastamento do agente público. Segundo a correta decisão, a qualquer momento da instrução probatória poderá se demonstrar que a conduta do acusado da prática de ato de improbidade administrativa passou a causar dificuldade à colheita da prova[132]. O pedido é possível, inclusive, se já houve anterior indeferimento, desde que se demonstre que novas circunstâncias justificam a mudança de posicionamento do órgão jurisdicional.

17.4.2.4.3. Tempo de duração

Parece não haver maiores questionamentos a respeito de não poder ser indeterminada a duração temporal de afastamento do agente público de seu cargo, emprego ou função. Até mesmo porque, sendo uma medida cautelar, ela é provisória por natureza, devendo existir somente enquanto houver justificativa para sua permanência.

Para a doutrina majoritária, o afastamento deve durar somente até o final da instrução probatória, considerando-se que, depois desse momento procedimental, não haveria sentido em manter a medida cautelar que teve como justificativa justamente os obstáculos à colheita da prova[133]. Parece realmente ser o entendimento mais correto, derivado da devida correlação entre a justificativa para a concessão da medida cautelar e as circunstâncias fáticas necessárias à sua manutenção.

[127] STJ, Corte Especial, AgRg na SLS 1.382/CE, rel. Min. Ari Pargendler, j. 01.06.2011, *DJe* 23.09.2011.

[128] Brito dos Santos, Improbidade, n. 4.2.4.3, p. 287.

[129] STJ, Corte Especial, AgRg na SLS 867/CE, rel. Min. Ari Pargendler, j. 05.11.2008, *DJe* 24.08.2011.

[130] STJ, 2ª Turma, REsp 967.841/PA, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 16.09.2010, *DJe* 08.10.2010; STJ, 2ª Turma, REsp 751.267/MS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 20.08.2009, *DJe* 08.09.2009.

[131] STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.204.635/MT, rel. Min. Castro Meira, j. 05/06/2012, DJe 14/06/2012.

[132] STJ, 2ª Turma, REsp 1.177.290/MT, rel. Min. Herman Benjamin, j. 22.06.2010, *DJe* 01.07.2010.

Apesar de estar fundado em boas intenções, não há como aceitar o entendimento de que, mesmo depois de encerrada a instrução probatória, o afastamento deve ser mantido, ainda mais quando as provas corroborarem a alegação do autor da ação de que houve a prática de ato de improbidade administrativa[134]. Embora seja realmente delicada a recondução do agente público nesse caso, é preciso mais uma vez lembrar que o afastamento não é antecipação de efeitos da futura condenação, mas apenas medida cautelar que visa a produção regular da prova.

Como o afastamento pode se dar na fase administrativa de investigação ou durante o processo judicial, entendo que o afastamento deve ser mantido até o encerramento da instrução probatória judicial. Significa dizer que, sendo o agente público afastado antes ou durante a colheita de provas no âmbito administrativo, não será o encerramento da instrução desse âmbito o termo final do afastamento. A razão é simples: há resistência na admissão das provas colhidas administrativamente, muitas vezes sem a observância do contraditório, de forma que as provas têm, invariavelmente, sua produção repetida durante o processo judicial.

Conforme já asseverado, o afastamento não pode ter prazo indeterminado. Mas não parecem acertadas as decisões que fixam um prazo para o afastamento, como, inclusive, já fez o Superior Tribunal de Justiça[135]. Ora, se o afastamento se justifica na necessidade de produção de prova sem a criação de indevidos obstáculos, será no mínimo irrazoável o retorno do agente público ao seu cargo, emprego ou função antes do encerramento da instrução probatória. A fixação de prazos não tem utilidade, devendo o juízo se esforçar para a colheita da prova ocorrer dentro da maior brevidade possível.

17.4.2.4.4. Sujeitos passivos da medida

Qualquer agente público pode sofrer as penas previstas pela Lei de Improbidade Administrativa, tendo ou não mandato proveniente do exercício popular do voto. Dessa forma, é incontestável que o agente político detentor de mandato eletivo é sujeito ativo do ato de improbidade administrativa e, dessa forma, responde pelas sanções previstas pela Lei 8.429/1992.

No tocante à medida cautelar ora analisada, entretanto, existe divergência doutrinária a respeito de seu alcance também para esses agentes públicos. Valendo-se de uma interpretação literal do art. 20, parágrafo único, da Lei de

[133] Garcia-Alves, Improbidade, 14.2.1, p. 762; Decomain, Improbidade, n. 9.2.8.4, p. 291; Gajardoni, Comentários, p. 388.

[134] Marques, Improbidade, p. 177.

[135] STJ, Corte Especial, AgRg na SLS 1.397/MA, rel. Min. Ari Pargendler, j. 01.07.2011, *DJe* 28.09.2011.

Improbidade Administrativa, há corrente doutrinária que defende sua inaplicabilidade a agentes políticos detentores de mandato eletivo, considerando-se que o dispositivo menciona apenas o afastamento de cargo, emprego ou função, nada disciplinando a respeito de mandato eletivo.

A interpretação literal, entretanto, não é a mais recomendável para a determinação do alcance do dispositivo legal ora analisado. Uma análise sistêmica de toda a Lei de Improbidade Administrativa demonstra claramente que todo e qualquer agente público deve suportar as medidas, punitivas ou assecuratórias, definitivas ou provisórias, previstas pela Lei 8.429/1992[136]. Realmente não teria qualquer sentido aplicar-se ao agente político eleito pela vontade popular as sanções definitivas previstas pela lei e excluí-lo de medidas cautelares que visam contribuir com a qualidade da prestação jurisdicional. Por outro lado, também não existe expressa menção a mandato eletivo no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, que simplesmente prevê a perda da "função pública"[137].

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado no sentido de também ser aplicável aos agentes públicos com mandato eletivo a medida cautelar de afastamento do cargo[138], havendo vários exemplos de prefeitos[139] e vereadores[140] sendo afastados temporariamente por meio dessa medida cautelar.

17.4.2.4.5. Excepcionalidade do pedido

Tanto a doutrina como a jurisprudência são uníssonas em apontar o caráter excepcional da medida cautelar de afastamento ora analisada, apontando para os inconvenientes de afastamento com remuneração garantida fora dos estritos limites da lei. Justamente pela violência da medida de afastamento, a melhor doutrina ensina que, sendo possível se atingir o mesmo objetivo com medidas preventivas menos severas, deverá sempre ser evitado o afastamento[141].

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de decidir pelo indeferimento de pedido de afastamento cautelar quando a prova puder ser produzida por meio da antiga cautelar de produção antecipada de provas (atualmente a ação probatória autônoma prevista nos arts. 381-383, do CPC), que se mostra, no caso, medida menos drástica que o afastamento do cargo, emprego ou função[142].

Se a medida cautelar de afastamento do agente público já é excepcional, quando o agente público tem mandato eletivo, a medida deve ser ainda mais excepcional, e isso por duas razões óbvias: (i) o afastamento de agente público

[136] Brito dos Santos, Improbidade, n. 4.2.4.3, pp. 291-292.
[137] Garcia-Alves, Improbidade, n. 14.2.1, p. 756.
[138] STJ, 1ª Turma, REsp 1.029.842/RS, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 15.10.2010, *DJe* 28.04.2010.
[139] STJ, Corte Especial, AgRg na SLS 1.397/MA, j. 01.07.2011, *DJe* 28.09.2011.
[140] STJ, 2ª Turma, MC 12115/ES, rel. Min. Castro Meira, j. 19.10.2006, *DJ* 31.10.2006, p. 258.
[141] Ferraresi, Improbidade, p. 230; Garcia-Alves, Improbidade, n. 14.2.1, p. 755.
[142] STJ, 1ª Turma, REsp 550.135/MG, j. 17.02.2004, *DJ* 08.03.2004, p. 177.

eleito pela vontade popular é sempre medida drástica que deve ser evitada, em razão do princípio esculpido em nosso texto constitucional de que o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos diretamente, nos termos dessa Constituição[143]; (ii) o mandato tem prazo determinado, de forma que o afastamento poderá funcionar como uma "cassação branca"[144]. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, extingue por perda superveniente de objeto de pedidos de afastamento ou de revogação do afastamento quando o mandato se encerra[145].

17.4.3. Processo coletivo especial

17.4.3.1. Ação direta de inconstitucionalidade

A Seção II do Capítulo II da Lei 9.868/1999 prevê a medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, regulando o procedimento para sua concessão nos arts. 10, 11 e 12. É interessante notar que, apesar de prever uma medida cautelar, a lei expressamente dispensa o ingresso de ação autônoma cautelar, cabendo ao autor elaborar seu pedido como tópico da petição inicial. Já tive oportunidade de apresentar a crise pela qual passa a autonomia do processo cautelar, sendo cada vez mais frequente a concessão de medidas cautelares sem a necessidade de ação cautelar autônoma[146]. Nas ações que compõem o processo coletivo comum, a doutrina é tranquila em admitir essa forma de pedido de tutela cautelar. O regulamento ora analisado sugere um caminho nesse sentido.

Antes de propriamente analisar o procedimento para a concessão de tutela de urgência na ação direta de inconstitucionalidade, cumpre apontar a imprecisão do texto legal, que indevidamente confunde diferentes espécies de tutela de urgência, ainda que na prática não haja consequências significativas do equívoco consagrado na literalidade da norma ora comentada.

É tradicional na doutrina a distinção entre a tutela cautelar e a tutela antecipada com fundamento na explicação de que a primeira assegura o resultado útil do processo, enquanto a segunda satisfaz faticamente o direito da parte (geralmente o autor, mas não exclusivamente)[147]. Parece claro que a pretensão do autor com a chamada "medida cautelar" prevista nos artigos já mencionados é a declaração imediata de ineficácia da lei ou ato normativo impugnado, o que inclusive vem confirmado pelo art. 11, § 1º, da Lei 9.868/1999. Sendo a ineficácia uma consequência prática da declaração de inconstitucionalidade, a chamada

[143] Brito dos Santos, Improbidade, n. 4.2.4.3, p. 287.
[144] Ferraresi, Improbidade, p. 229.
[145] STJ, 1ª Turma, REsp 667.032/AL, rel. Min. José Delgado, j. 08.11.2005, *DJ* 05.12.2005, p. 229.
[146] Daniel Neves, *Manual*, n. 50.2.1.4, pp. 1.022-1.023.
[147] Theodoro Jr., *O processo*, p. 89; Dinamarco, *A reforma*, pp. 140-141; Batista Lopes, *Tutela*, pp. 40-41; Fidélis dos Santos, *Novíssimos*, p. 25; Araken de Assis, *Antecipação*, pp. 15-19; Nery Jr.-Nery, *Código*, p. 524.

"medida cautelar", na realidade, atua como "tutela antecipada", adiantando os efeitos executivos da tutela pretendida em sede principal[148].

Esse entendimento acaba sendo refletido na praxe forense, pois é comum constar da petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade um pedido de liminar, que, quando utilizado como espécie de tutela de urgência – como parece ser o caso –, é tutela de urgência satisfativa, exatamente com a mesma função da tutela antecipada. Existem, inclusive, decisões do Supremo Tribunal Federal deferindo a liminar pleiteada, sem a indicação expressa à "medida cautelar" prevista em lei[149].

Apesar da nítida natureza de tutela antecipada, o Supremo Tribunal Federal entende que a concessão da "medida cautelar" na ação direta de inconstitucionalidade depende da presença no caso concreto dos tradicionais elementos cautelares do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*[150]. O posicionamento torna-se irrelevante com o Código de Processo Civil de 2015, que passa a prever os mesmos requisitos para a concessão da tutela antecipada e cautelar no *caput* do art. 300.

Cumpre ainda registrar antigo entendimento do Supremo Tribunal Federal de dispensar o *periculum in mora* (perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo), valendo-se, em seu lugar, do chamado "critério de conveniência", por meio do qual o tribunal analisa o que será mais conveniente: manter os efeitos da lei ou ato impugnado até o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade ou conceder a tutela de urgência para cessar imediatamente a geração de seus efeitos[151].

Em termos procedimentais, o relator intimará os órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo para que se pronunciem no prazo de 5 dias; após o transcurso desse prazo, ouvirá sucessivamente, no prazo de 3 dias, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, desde que entenda indispensáveis essas manifestações, o que já demonstra a possibilidade de o relator dispensar tais oitivas. Na realidade, em casos de excepcional urgência, até mesmo a intimação do órgão ou autoridade descritos no art. 6º da Lei 9.868/1999 pode ser dispensada, conforme expressa previsão do art. 10, § 3º, da mesma lei.

Em regra, o pedido de tutela de urgência será analisado pelo Tribunal Pleno, e somente será concedido por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, sendo, nos termos do art. 10, § 2º, da Lei 9.868/1999, facultada a sustentação oral dos representantes legais do requerente e das autoridades e órgãos responsáveis pela expedição do ato. O Supremo Tribunal Federal entende pela admissibilidade da sustentação oral do Advogado-Geral da União[152], o que

[148] Zavascki, *Processo*, n. 11.6, p. 268; Didier Jr.-Braga-Oliveira, *Aspectos*, p. 405; Guilherme Peña de Moraes, *Curso*, pp. 214-215.

[149] STF, Tribunal Pleno, ADIn 3.937 MC/SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 04.06.2008, *DJe* 192, 09.10.2008; ADIn 2.527 MC/DF, rel. Min. Ellen Gracie, j. 16.08.2007, *DJe* 147, 22.11.2007.

[150] STF, Tribunal Pleno, ADI 5.104 MC/DF, rel. Min. Roberto Barroso, j. 21/05/2014, DJe 30/10/2014.

[151] STF, Tribunal Pleno, ADIn 2.487 MC/SC, rel. Min. Moreira Alves, j. 13.03.2002, *DJ* 01.08.2003, p. 101.

[152] STF, Tribunal Pleno, ADI 3.943/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 07/05/2015, DJe 06/08/2015.

se justifica em razão da aplicação do contraditório, afinal, o procedimento não prevê uma manifestação escrita anterior ao julgamento por parte do Advogado-Geral da União.

Entendo que também o Procurador-Geral da República poderá fazer sustentação oral como fiscal da ordem jurídica, bem como o *amicus curiae*[153] (art. 131, § 2º, RISTF), considerando-se que as manifestações orais desses sujeitos não trarão maiores prejuízos ao procedimento, somente sendo fonte de mais informações para os Ministros decidirem o pedido de tutela de urgência.

Apesar de a regra ser o julgamento colegiado, no período de recesso e no curso de férias coletivas, cabe ao relator da ação direta de inconstitucionalidade a análise do pedido de tutela de urgência, que proferirá decisão sujeita a referendo do órgão colegiado. Para se deixar claro que não existe qualquer transferência da competência para conhecer o pedido da medida de urgência nesse caso, o Supremo Tribunal Federal entende incabível o agravo regimental (interno), que será recebido como mero memorial, considerando-se dispensável a manifestação do autor da ação para que o Tribunal Pleno se manifeste sobre a decisão do relator, que ocorrerá independentemente de qualquer provocação[154].

Por outro lado, a decisão sobre o pedido de tutela de urgência pode ser proferida justamente porque a urgência da situação não aconselha a espera da reunião do órgão colegiado para sua apreciação. Nesse caso, é nítida a delegação de competência do órgão competente (colegiado) para o relator, sendo cabível contra tal decisão o agravo interno, nos termos do art. 1.021, *caput*, do CPC/2015.

Segundo o art. 11, *caput*, da Lei 9.868/1999, concedida a tutela de urgência, o dispositivo da decisão deverá ser publicado em um prazo de 10 dias (prazo impróprio), em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União, seguindo-se o procedimento já analisado com a intimação do órgão ou autoridade da qual tiverem emanado o ato e atos subsequentes. Ainda que os sujeitos que participam da ação direta de inconstitucionalidade já tenham se manifestado – de forma escrita e/ou oral –, antes da concessão da tutela de urgência, todos serão novamente ouvidos, considerando-se que a manifestação anterior à concessão da liminar se limita aos requisitos da tutela de urgência, não se confundindo com as manifestações necessárias a respeito do mérito da demanda[155].

Com relação aos efeitos da "medida cautelar" concedida, o art. 11, § 1º, da Lei 9.868/1999 contém duas importantes informações. A primeira diz respeito aos afetados pela decisão liminar: a eficácia é contra todos, ou seja, *erga omnes*, característica típica da natureza de direito difuso que compõe o objeto da ação direta de inconstitucionalidade. Questão interessante concerne à eficácia vin-

[153] STF, Tribunal Pleno, ADI 3.943/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 07/05/2015, DJe 06/08/2015; STF, Tribunal Pleno, ADI 4.965/PB, rel. Min. Rosa Weber, j. 01/07/2014, DJe 30/10/2014; Na doutrina, consultar Cassio Scarpinella Bueno, *Amicus*, pp. 169-170.

[154] STF, Tribunal Pleno, ADI 4.638 MC-Ref/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 08/02/2012, DJe 30/10/2014.

[155] Zavascki, *Processo*, n. 11.7, pp. 269-270.

culante dessa decisão, sendo o entendimento consagrado no Supremo Tribunal Federal pela sua existência, o que inclusive permite o ingresso de reclamação constitucional nas hipóteses previstas em lei[156]. Apesar da eficácia vinculante, está correta a doutrina que entende não existir obrigatoriedade de suspensão dos processos em que se controverte a respeito da incidência do preceito questionado, ainda que o juízo desses processos possa suspendê-los, nos termos do art. 313, V, *a*, do CPC/2015[157].

Na hipótese de decisão que indefere a tutela de urgência, não há eficácia vinculante, considerando-se que nessa espécie de decisão não existe necessariamente um posicionamento a respeito da constitucionalidade de norma, porque a mera ausência de *periculum in mora* já é o suficiente para o indeferimento[158]. Não tendo ocorrido qualquer valoração, ainda que em cognição sumária, da alegada inconstitucionalidade da norma ou ato impugnado, não se pode antever no indeferimento do pedido liminar qualquer presunção de constitucionalidade. No Supremo Tribunal Federal há decisões recentes pela inexistência da eficácia vinculante da decisão liminar denegatória[159].

A segunda importante informação é a de que a "medida cautelar" será concedida com efeitos *ex nunc*, a partir da publicação da decisão na imprensa oficial[160], salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa. Segundo correto entendimento do Supremo Tribunal Federal, para que se outorgue eficácia *ex tunc* ao pronunciamento liminar, cabe ao órgão julgador expressamente se manifestar nesse sentido, de forma que seu silêncio quanto aos efeitos será entendido como a aplicação da regra estabelecida pelo art. 11, § 1º, da Lei 9.868/1999[161].

No sentido da tranquila jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o art. 11, § 2º, da Lei 9.868/1999 prevê que a concessão da "medida cautelar" torna aplicável a legislação anterior caso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

O art. 12 da Lei 9.868/1999 cria técnica procedimental diferenciada de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, quando o Tribunal, diante de pedido de "medida cautelar", resolve julgar imediatamente o mérito da ação. Segundo o dispositivo legal, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, o relator poderá pedir as informações em 10 dias, ouvir em prazos sucessivos de 5 dias o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, e submeter o processo diretamente ao Tribunal Pleno.

[156] STF, Tribunal Pleno, Rcl 2.256/RN, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11.09.2003, *DJ* 30.04.2004, p. 34.
[157] Zavascki, *Processo*, n. 11.7, pp. 269-270.
[158] Zavascki, *Processo*, n. 11.7, p. 270.
[159] STF: Tribunal Pleno, Rcl 3.424 AgRg/SP, rel. Min. Carlos Britto, j. 11.10.2007, *DJe* 142, 31.07.2008.
[160] STF: Decisão monocrática, Rcl 3.309 MC/ES, rel. Min. Celso de Mello, j. 01.07.2005, *DJ* 04.08.2005, p. 45.
[161] STF: Tribunal Pleno, ADIn 2.105 MC/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 23.03.2000, *DJ* 28.04.2000, p. 71.

Ainda que não exista norma nesse sentido, concordo com a doutrina que defende, em situações de considerável excepcionalidade, a concessão da tutela mediante medida de urgência por decisão monocrática do relator, mesmo que se empregue o procedimento do art. 12 da Lei 9.868/1999[162]. Cumpre ressaltar, entretanto, que, nesse caso, estar-se-á diante de uma terceira forma procedimental de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, considerando-se que então o Tribunal Pleno não se valerá do pedido de tutela de urgência para julgar diretamente o mérito da ação, mas tão somente confirmará ou revogará a decisão liminar e monocrática do relator.

17.4.3.2. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

A seção II do Capítulo II-A da Lei 9.868/1999 prevê expressamente a medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, afastando, portanto, qualquer dúvida a respeito de seu cabimento. Os limites de tal cabimento, entretanto, continuam a suscitar dúvidas na doutrina.

Segundo o art. 12-F, § 1º, da Lei 9.868/1999, em caso de omissão parcial, a medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado. A medida, apesar de ser proferida em uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tem as características da medida cautelar da ação direta de inconstitucionalidade por ação, determinando a suspensão de aplicação de lei ou ato normativo. Compreende-se a previsão legal quando a omissão for parcial, mas qual será o objeto da medida cautelar diante de uma omissão total?

O mesmo dispositivo legal prevê a suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, bem como a adoção de qualquer outra providência a ser fixada pelo Tribunal, tudo a indicar que tais medidas sejam aplicáveis na hipótese de omissão total. Ao prever a possibilidade de adoção de outras providências, o dispositivo legal reconhece expressamente que o rol de medidas nesse previsto é meramente exemplificativo. Pergunta-se: estaria dentro dessas "outras providências" a antecipação dos efeitos da futura declaração de inconstitucionalidade, em especial com a adoção de medidas tendentes ao saneamento da omissão?

Quando a doutrina defende o não cabimento da medida cautelar prevista para a ação direta de inconstitucionalidade por ação[163], parecendo ser também esse antigo entendimento do Supremo Tribunal Federal[164], a resposta à pergunta é negativa. A justificativa é que, se não cabe ao Supremo Tribunal Federal, diante da decisão definitiva, tomar providências concretas para sanar a omissão legislativa, muito menos se poderia admitir em sede de tutela de urgência. Até

[162] Didier Jr.-Braga-Oliveira, *Aspectos*, p. 409.
[163] Peña de Moraes, Curso, p. 245.
[164] STF, Tribunal Pleno, ADIn 1.458 MC/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 23.05.1996, *DJ* 20.09.1996, p. 34.531.

se pode defender o não cabimento da tutela de urgência, mas não parece correto o fundamento mencionado.

Naturalmente não se pode admitir que a tutela de urgência antecipe efeitos que não seriam gerados nem mesmo com a concessão da tutela definitiva, até porque não se pode permitir a antecipação do que não se pode obter. Não se pretende defender, portanto, a adoção de postura legislativa do Supremo Tribunal Federal em sede liminar na ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Poderia, entretanto, conceder a liminar para ordenar a prática do ato ao órgão relapso, exatamente como faria com a concessão definitiva do pedido do autor[165]. O problema, nesse caso, é que a providência exigida em sede liminar teria natureza constitutiva, o que é inviável em sede de tutela provisória de urgência. Não que os efeitos da tutela constitutiva não possam ser antecipados[166], mas, nesse sentido, não se tratará de mera antecipação de efeitos, e sim da cobrança de exigência que efetivamente alterará a situação jurídica, o que só se admite acontecer em sede de tutela definitiva.

Nos termos do art. 12-F, *caput*, da Lei 9.868/1999, somente em situação de excepcional urgência e relevância da matéria a medida cautelar deverá ser concedida. Nada mais que o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* (elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, nos termos do art. 300, *caput*, do CPC/2015). Quanto ao órgão competente para a prolação da decisão liminar, o dispositivo legal aponta o Tribunal Pleno, exigindo que a decisão concessiva seja proferida pela maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22 da mesma lei. O dado interessante é que essa competência só é exigida para a decisão concessiva, dando-se a entender que a decisão que indefere o pedido poderá ser proferida monocraticamente pelo relator.

O art. 10, *caput*, da Lei 9.868/1999, ao tratar da concessão da cautelar na ação direta de inconstitucionalidade por ação, também exige a maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal, mas abre uma exceção ao período de recesso, quando a decisão poderá ser proferida monocraticamente pelo relator, conforme devidamente analisado no item 17.4.3.1 deste capítulo. Entendo que a mesma exceção deve ser aplicada à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não obstante a omissão do art. 12-F, *caput*, da Lei 9.868/1999.

Adaptando regra já consagrada no art. 10, *caput*, da Lei 9.868/1999, o art. 12-F, *caput*, da mesma lei prevê a audiência prévia dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão constitucional, que deverão se pronunciar no prazo de 5 dias. Na ação direta de inconstitucionalidade por ação, se o relator entender indispensável, ouvirá o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de 3 dias, nos termos do art. 10, § 1º, da Lei

[165] Nesse sentido; Almeida, *Manual*, p. 826.

[166] Neves, *Manual*, n. 51.4, pp. 1.086-1.089.

9.868/1999. Como não há ato a ser defendido, o art. 12-F, § 2º, prevê apenas a oitiva do Procurador-Geral da República, quando indispensável, no mesmo prazo de 3 dias.

Apenas com a substituição de "expedição do ato" por "omissão inconstitucional", o art. 12-F, § 3º, da Lei 9.868/1999 copia o art. 10, § 2º, da mesma lei, ao prever a faculdade de sustentação oral dos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela omissão constitucional, adotando-se as regras procedimentais previstas no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Na hipótese de concessão da medida cautelar, o art. 12-G da Lei 9.868/1999 determina a aplicação, no que couber, do procedimento estabelecido na Seção I do Capítulo II da Lei 9.868/1999. Na realidade o dispositivo praticamente copia a regra referente à publicação da decisão prevista no art. 11, *caput*, da Lei 9.868/1999.

17.4.3.3. Ação declaratória de constitucionalidade

Admite-se, na ação declaratória de constitucionalidade, o pedido de liminar, conforme previsto no art. 21 da Lei 9.868/1999, e, nesse caso, a natureza jurídica da tutela de urgência é cautelar[167], e não de tutela antecipada, como ocorre na ação direta de inconstitucionalidade. A natureza cautelar dessa medida decorre do efeito gerado por sua concessão: a suspensão dos processos nos quais se discute incidentalmente a lei ou ato normativo questionado como forma de estancar o estado de insegurança gerado pela incerteza jurídica a respeito da constitucionalidade. Registre-se que o Supremo Tribunal Federal tem decisões concessivas de liminar no sentido de suspender, com eficácia *ex tunc* e com efeito vinculante, a prolação de decisões fundadas na lei ou ato normativo questionado[168]. Como se pode notar, a suspensão do processo é imprópria, sendo vedada apenas a prolação da decisão, o que permite a prática de outros atos processuais, como, por exemplo, a produção de provas.

Registre-se posição doutrinária que defende uma interpretação ampliativa do art. 21 da Lei 9.868/1999 com fundamento no poder geral de cautela do juiz, de forma a se admitir ao Supremo Tribunal Federal, quando da concessão da liminar, a determinação de outras medidas, além da suspensão dos processos, consideradas necessárias para afastar o *periculum in mora*[169]. Interessante notar que o entendimento permite uma atuação cautelar do Supremo Tribunal Federal mesmo sem expressa previsão legal nesse sentido, fundamento que também era utilizado pelo órgão máximo antes do advento da Lei 9.868/1999.

[167] Guilherme Peña de Moraes, *Curso*, p. 237.

[168] STF, ADC9, Tribunal Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, j. 13.12.2001, *DJ* 06.02.2002; ADC 12, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Britto, j. 16.02.2006, *DJ* 17.02.2006.

[169] Zavascki, *Processo*, p. 268.

A tutela cautelar é ampla, geral e irrestrita, significando que a parte que dela necessite deve apenas demonstrar o preenchimento do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* (elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, nos termos do art. 300, *caput*, do CPC/2015) no caso concreto para recebê-la. Significa que, pensando-se em poder jurisdicional, a tutela cautelar deve ser entendida como a proteção jurisdicional prestada pelo Estado para afastar o perigo de ineficácia do resultado final da pretensão definitiva da parte, funcionando como aspecto concreto da promessa constitucional de inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF)[170].

Poder geral de cautela, nesse sentido, significa o generalizado poder estatal de evitar no caso concreto que o tempo necessário para a concessão da tutela definitiva gere a ineficácia dessa tutela. Essa amplitude da proteção jurisdicional no âmbito cautelar impõe que nenhuma restrição seja admitida no tocante ao direito concreto da parte em obter essa espécie de tutela quando demonstra os requisitos necessários previstos em lei.

Entendo que a relevância da matéria tratada em uma ação declaratória de constitucionalidade exige com ainda maior vigor uma atuação preventiva do Supremo Tribunal Federal no tocante a garantir a eficácia do resultado de seu julgamento, sendo acertada a parcela doutrinária que aponta para a insuficiência da previsão do art. 21 da Lei 9.868/1999. Por outro lado, cabe lembrar que o Supremo Tribunal Federal, mesmo antes de qualquer previsão infraconstitucional no sentido de permissão de concessão de medida cautelar incidental, já a admitia com fundamento no poder geral de cautela[171].

17.4.3.4. Arguição de descumprimento de preceito fundamental

A tutela de urgência na arguição de descumprimento de preceito fundamental é tratada no art. 5º da Lei 9.882/1999. Nos termos do art. 5º, *caput*, por decisão de maioria absoluta de votos de seus membros, o Supremo Tribunal Federal poderá deferir medida liminar na ação ora analisada. Interessante notar que, diferente da previsão de medida cautelar, como ocorre na ação direta de inconstitucionalidade (arts. 10, 11 e 12 da Lei 9.868/1999), o dispositivo legal menciona somente uma medida liminar.

Entendo que o legislador, ao valer-se do termo "liminar" no art. 5º, *caput*, da Lei 9.882/1999, pretendeu emprestar a esse vocábulo seus dois significados possíveis. Dessa forma, imaginou a possibilidade de concessão de uma tutela de urgência satisfativa a ser concedida em fase inicial do procedimento, mais precisamente no primeiro contato do órgão jurisdicional, com a petição inicial. A natureza satisfativa dessa liminar é manifesta. Por outro lado, fica claro que

[170] Marinoni-Arenhart, *Processo*, p. 99; Nery Jr.-Nery, *Código*, p. 1.115.

[171] STF, Tribunal Pleno, ADC 04/DF, rel. Min. Sydney Sanches, j. 11.02.1998, *DJ* 21.05.1999, p. 2.

a tutela de urgência deve ser concedida no início do procedimento, quando o art. 6º, *caput*, da Lei 9.882/1999 prevê que os demais atos do procedimento são praticados após a apreciação do pedido da liminar.

Nota-se em decisões liminares proferidas em ações de descumprimento de preceito fundamental uma confusão doutrinária entre liminar e cautelar, valendo-se o órgão jurisdicional dos requisitos típicos para a concessão dessa espécie de tutela de urgência, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* (elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, nos termos do art. 300, *caput*, do CPC/2015) para a concessão da liminar. Na prática, essa falta de precisão técnica não gera grande repercussão, entendendo-se que, para a concessão da tutela de forma liminar na arguição de descumprimento, o autor deve demonstrar a plausibilidade de sua pretensão e o perigo de dano grave de difícil ou incerta reparação. Exige-se, portanto, independentemente da nomenclatura adotada, os típicos requisitos de concessão de tutela de urgência.

Como já analisado no item 17.4.3.1 deste capítulo, o Supremo Tribunal Federal por vezes dispensa o perigo de grave lesão de difícil ou incerta reparação, substituindo-o pelo chamado "critério de conveniência", por meio do qual o tribunal analisa o que será mais conveniente: manter os efeitos da lei ou ato impugnado até o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade ou conceder a tutela de urgência para impedir imediatamente seus efeitos. Parece não haver qualquer razão para que tal raciocínio seja também aplicável à tutela liminar na ação de arguição de descumprimento.

Segundo o art. 5º, *caput*, da Lei 9.882/1999, o órgão competente para analisar o pedido de medida liminar é o Tribunal Pleno, mas o § 1º do mesmo dispositivo excepciona a regra, permitindo a análise monocraticamente pelo relator em casos de extrema urgência, perigo de lesão grave ou em período de recesso. Interessante notar que, a exemplo da decisão sobre a tutela de urgência na ação direta de inconstitucionalidade[172], a decisão monocrática do relator deve ser referendada pelo Tribunal Pleno, o que significa que, independentemente da manifestação do autor da ação, esse órgão colegiado se manifestará sobre a decisão monocrática, podendo mantê-la ou reformá-la total ou parcialmente. Em razão da indispensável revisão da decisão monocrática pelo órgão colegiado, eventual agravo regimental do autor da ação será recebido como memorial.

Como medidas preparatórias à decisão sobre o pedido liminar, o art. 5º, § 2º, da Lei 9.882/1999 permite ao relator a oitiva dos órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato – ou omissão – questionado, do Advogado-Geral da União ou do Procurador-Geral da República, no prazo comum de 5 dias. Essas providências podem ser adotadas tanto para o julgamento monocrático do relator como para o julgamento colegiado, sendo ainda mais comum ocorrer nessa segunda hipótese, considerando a ausência de extrema urgência quando o julgamento

[172] STF, Tribunal Pleno, ADIn 3.626 MC/MA, rel. Min. Marco Aurélio, j. 03.05.2007, *DJe* 82, 16.08.2007.

é realizado pelo órgão colegiado. Ainda que a norma preveja a oitiva antes da análise do pedido de tutela liminar, ela também é cabível antes de o Tribunal Pleno reexaminar a questão já enfrentada monocraticamente pelo relator.

Nos termos do art. 5º, § 3º, da Lei 9.882/1999, com a concessão da liminar, o órgão jurisdicional poderá determinar que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da ação, salvo se decorrentes de coisa julgada, quando os efeitos da liminar não serão gerados.

Entendo cabível à ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental a regra prevista no art. 12 da Lei 9.868/1999, que cria técnica procedimental diferenciada de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, quando o Tribunal, diante de pedido de "medida cautelar", resolve julgar imediatamente o mérito da ação. E também a regra prevista no art. 21 da mesma lei, que fixa em 180 dias o prazo de eficácia da medida de tutela de urgência na hipótese de suspensão de processos ou de julgamentos pelas instâncias ordinárias[173].

17.5. TUTELA DA EVIDÊNCIA

17.5.1. Introdução

A tutela da evidência, como espécie de tutela provisória diferente da tutela de urgência, recebeu um capítulo próprio no Código de Processo Civil de 2015, ainda que contendo apenas um artigo, diferente da realidade presente no CPC/1973, em que essa espécie de tutela estava espalhada pelo diploma legal. A iniciativa deve ser elogiada, principalmente por afastar expressamente a tutela da evidência da tutela de urgência, mas sua concretização deve ser, ainda que parcialmente, criticada.

O art. 311, *caput*, do CPC/2015 consagra expressamente o entendimento de que tutela de evidência independe da demonstração de perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional, em diferenciação clara e indiscutível com a tutela de urgência.

Já que o legislador criou um artigo para prever as hipóteses de tutela da evidência, deveria ter tido o cuidado de fazer uma enumeração mais ampla, ainda que limitada a situações previstas no Código de Processo Civil. Afinal, a liminar da ação possessória, mantida no Código de Processo Civil de 2015, continua a ser espécie de tutela de evidência, bem como a concessão do mandado monitório e da liminar nos embargos de terceiro, e nenhuma delas está prevista no art. 311 do CPC/2015. A única conclusão possível é que o rol de tal dispositivo legal é exemplificativo.

[173] Mendes, *Arguição*, p. 125.

Não há qualquer razão para deixar de aplicar o art. 311 do CPC/2015 ao processo coletivo, bem ao contrário, já que se trata de mais forma de tutela provisória satisfativa em prol do direito objeto da demanda.

17.5.2. Hipóteses de cabimento

17.5.2.1. Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu

Aparentemente, o inciso I do art. 311 do CPC/2015 apenas realocou uma hipótese de tutela da evidência que no CPC/1973 estava prevista como tutela antecipada (de urgência, portanto). Contudo, não foi bem isso que ocorreu, ao menos não de forma expressa. A tutela prevista equivocadamente no art. 273, § 6.º, do CPC/1973 resultava da combinação dos requisitos previstos no *caput* e inciso I do dispositivo atual, de modo que não bastava que ficasse caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte, sendo também exigida a prova inequívoca da verossimilhança da alegação. Era, portanto, a probabilidade de o autor ter o direito alegado somada à resistência injustificada do réu que justificava a concessão dessa espécie de tutela provisória.

Da forma como ficou redigido o art. 311, I, do CPC/2015, restou como requisito para a concessão da tutela da evidência somente o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte, o que parece contrariar até mesmo o espírito dessa espécie de tutela. Difícil acreditar que o autor tenha direito a uma tutela, ainda que provisória, somente porque o réu se comporta indevidamente no processo, sem que o juiz tenha qualquer grau de convencimento da existência do direito do autor. Parece-me extremamente temerário, como simples forma de sanção processual, conceder a tutela da evidência sem que haja probabilidade de o autor ter o direito que alega.

Entendo que nesse caso a probabilidade de o direito existir é necessária[174], mas não está tipificada na lei, como ocorre com as outras três hipóteses de cabimento da tutela da evidência previstas no art. 311 do CPC/2015. Significa dizer que nessa hipótese de cabimento da tutela da evidência o juiz deve se valer, por analogia, do art. 300, *caput*, do CPC/2015, concedendo tal espécie de tutela apenas se houver nos autos elementos que evidenciem a probabilidade do direito e serem preenchidos os requisitos previstos em lei.

Partindo-se do pressuposto de que a lei não contém palavras inúteis, é preciso distinguir as duas expressões contidas no art. 311, I, do CPC/2015, que apesar de próximas designam fenômenos processuais distintos.

Para parcela doutrinária o manifesto propósito protelatório é mais amplo que o abuso do direito de defesa[175], mas aparentemente não se trata propriamente

[174] Pinho, *Direito*, p. 529; Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 238.

[175] Baptista da Silva, A "antecipação", p. 139; Zavascki, *Antecipação*, p. 153; Costa Machado, *Tutela*, p. 422.

de diferença resultante da extensão das condutas. A forma mais adequada de interpretar o dispositivo legal é considerar que o abuso de direito de defesa representa atos protelatórios praticados no processo, enquanto no manifesto propósito protelatório do réu há um determinado comportamento – atos ou omissões – fora do processo, com ele relacionados[176].

Há pelo menos duas interpretações possíveis ao termo "defesa" utilizado no art. 311, I, do CPC/2015. Numa interpretação ampliativa pode-se entender qualquer ato que busque a defesa dos interesses da parte e numa interpretação mais restritiva o termo pode ser entendido exclusivamente como contestação[177].

Não parece legítimo o entendimento restritivo, evidenciando-se que o abuso do direito de defesa poderá se manifestar em outros atos processuais que não a contestação, o que inclusive poderá se notar em outras espécies de resposta do réu, como as exceções rituais, que, por gerarem a suspensão do procedimento principal, poderão ser utilizadas de forma abusiva. Mas nem só nesse momento inicial do processo será possível detectar o abuso do direito de defesa, até porque o direito de defesa não é algo que se exaure após a apresentação de resposta do réu. Como o direito de defesa existe durante todo o processo, é evidente que o abuso em seu exercício possa ocorrer durante todo o trâmite procedimental.

A maioria dos atos tipificados como de *litigância de má-fé* pelo art. 80 do CPC/2015 também poderão configurar o abuso do direito de defesa exigido pela tutela antecipada sancionatória. Nesses casos, inclusive, é ainda mais fácil a tipificação do ato praticado pela parte, considerando-se sua expressa previsão legal. Ocorre, entretanto, que seria empobrecer em demasia o alcance da norma legal a vinculação do instituto de forma absoluta aos atos de litigância de má-fé[178].

O que se pretende demonstrar é que existem atos que não são tipificados como de litigância de má-fé, mas ainda assim poderão se enquadrar no abuso do direito de defesa, como também o contrário será possível[179].

Costuma-se dizer que a mente criminosa ou de má-fé é muito criativa, de forma que seria impossível indicar todas as manobras realizáveis durante o procedimento em nítido abuso do direito de defesa da parte. Além de sempre existir uma manobra nova a se verificar no caso concreto, melhor nem descrever as já conhecidas para que algum patrono não se entusiasme com suas novas descobertas.

Seguindo a concepção adotada, com o objetivo de diferenciar o ato praticado em abuso do direito de defesa do ato praticado com manifesto propósito protelatório, é correto afirmar que nessa segunda hipótese os atos são praticados fora do processo, evidentemente gerando consequências processuais. A redação do dispositivo legal nesse tocante não foi feliz, porque o mero propósito não é

[176] Zavascki, *Antecipação*, pp. 153-154; Augusto de Assis, *A antecipação*, p. 176; Theodoro Jr., *Curso*, p. 572.

[177] Nesse sentido as lições de Costa Machado, *Tutela*, pp. 422-423.

[178] Dinamarco, *A reforma*, p. 148; Scarpinella Bueno, *Tutela*, p. 40.

[179] Indicando essa diferença, Marinoni, *Antecipação*, p. 332; Augusto de Assis, *A antecipação*, p. 176.

suficiente para ensejar a antecipação de tutela, sendo necessário que o ato praticado efetivamente tenha protelado a entrega da prestação jurisdicional. Ainda que o objetivo do réu tenha sido tornar mais moroso o trâmite processual, se não conseguiu no caso concreto atingir efetivamente tal objetivo, não haverá nenhum prejuízo ao andamento do processo. Poderá até mesmo ser punido por ato de *litigância de má-fé* (art. 80 do CPC/2015), *atentatório à dignidade da justiça* (arts. 77, IV e VI e 774, ambos do CPC/2015), mas não haverá razão para antecipar a tutela como forma de sancionar o réu[180].

Mais uma vez é grande o número de atos praticados fora do processo que tem como objetivo atrasar o andamento procedimental, e mais uma vez deixa-se de indicar uma relação de tais atos por duas razões já expostas: ser sempre meramente exemplificativa qualquer relação que se imagine a respeito de tais atos e deixar de trazer ao conhecimento de patronos e partes menos preocupadas com a boa-fé e a lealdade processual práticas escusas até então desconhecidas.

Ainda que tenhamos opinião doutrinária no sentido de que esses atos protelatórios possam ocorrer até mesmo antes da propositura da ação[181], o parágrafo único do art. 311 do CPC/2015 é expresso ao excluir tal hipótese de tutela da evidência da concessão liminar, de forma a ser impossível sua concessão antes da citação do réu e, por consequência óbvia, impossível a configuração dos requisitos legais antes do processo.

17.5.2.2. Fato provável e tese jurídica pacificada nos tribunais superiores

O inciso II do art. 311 do CPC/2015 cria uma nova hipótese de tutela da evidência, inexistente no sistema do CPC/1973: as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos – sem a necessidade de trânsito em julgado[182] – ou em súmula vinculante. Fica nessa segunda hipótese evidenciada a necessidade de probabilidade de existência do direito do autor, elemento essencial da tutela de evidência. O legislador tomou o cuidado de exigir essa probabilidade tanto no aspecto fático como no jurídico, exigindo prova documental para comprovar os fatos alegados e tese jurídica já firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

A prova documental – ou documentada – exigida pelo dispositivo legal ora analisado deve ser idônea, ou seja, deve ser formalmente confiável e ter conteúdo que corrobore as alegações do autor, sendo apta, *prima facie*, a atestar a viabilidade da pretensão[183].

[180] Zavascki, *Antecipação*, p. 154; Bedaque, *Tutela*, p. 330.

[181] Theodoro Jr., *Curso*, p. 567. Contra: Didier Jr.-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 636.

[182] Enunciado 31/ENFAM: "A concessão da tutela de evidência prevista no art. 311, II, do CPC/2015 independe do trânsito em julgado da decisão paradigma".

[183] Theodoro Jr., *Curso*, vol. I, n. 500, p. 681.

É verdade que o legislador poderia ter sido mais incisivo na abrangência do dispositivo, considerando também as súmulas persuasivas e a jurisprudência dominante, ainda que somente dos tribunais superiores, como ocorre no julgamento liminar de improcedência (art. 332, I, do CPC/2015). Já há, inclusive, entendimento que amplia a aplicação do dispositivo para súmulas sem caráter vinculante[184]. Ou ainda se valido da mesma técnica utilizada para prever outra hipótese de julgamento liminar de improcedência, com fundamento em súmula de tribunal de justiça sobre direito local (art. 332, IV, CPC/2015). Afinal, se para conceder tutela definitiva liminarmente basta súmula persuasiva de tribunal superior, é contraditório exigir para a concessão de tutela provisória uma tese consagrada em súmula vinculante.

Já se propõe uma interpretação extensiva do dispositivo legal para permitir a concessão de tutela da evidência sempre que a fundamentação jurídica do autor estiver fundada em precedente vinculante, ainda que não previsto expressamente no art. 311, II, do CPC/2015[185].

Por outro lado, sendo os fatos alegados pelo autor provados documentalmente, salvo na hipótese de o réu alegar defesa de mérito indireta, com fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor, que demande produção de prova oral ou pericial, essa hipótese de tutela de evidência só terá sentido se for concedida liminarmente, porque após a citação e defesa do réu será caso de julgamento antecipado da lide.

A hipótese prevista no dispositivo legal ora comentado não é suficiente para a concessão de tutela definitiva, porque as alegações de fato podem se mostrar falsas no encerramento da instrução probatória e o réu poderá se defender juridicamente alegando a distinção do caso em análise da tese jurídica já firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (*distinguish*).

17.5.2.3. *Prova documental em ação reipersecutória*

A terceira hipótese de tutela da evidência vem prevista no inciso III do art. 311 do CPC/2015: quando se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa.

A probabilidade da existência do direito mais uma vez decorre de prova documental produzida pelo autor, nesse caso de forma mais específica à espécie de pedido (reipersecutório) e ao tipo de documento (contrato de depósito). Entendo que essa prova documental exigida pelo art. 311, II, do CPC/2015 não

[184] Enunciado 30/ENFAM: "É possível a concessão da tutela de evidência prevista no art. 311, II, do CPC/2015 quando a pretensão autoral estiver de acordo com orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade ou com tese prevista em súmula dos tribunais, independentemente de caráter vinculante."

[185] Didier Jr.-Braga-Oliveira, *Curso*, vol. 2, p. 625.

precisa ser necessariamente o contrato de depósito, bastando que seja uma prova escrita que demonstre a relação jurídica material de depósito.[186]

A expressa previsão de multa para pressionar psicologicamente o réu a entregar o bem é desnecessária, porque em toda e qualquer obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa é cabível a aplicação da multa cominatória (*astreintes*).

17.5.2.4. *Prova documental sem prova do réu capaz de gerar dúvida razoável ao juiz*

O inciso IV do art. 311, do CPC/2015 prevê a última hipótese de tutela da evidência. Se a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável, ao juiz caberá a concessão da tutela provisória da evidência. A prova pode ser documentada, ou seja, o autor pode se valer de prova emprestada oral ou pericial[187].

Essa hipótese de cabimento está condicionada à inexistência de cognição exauriente diante da situação descrita no dispositivo legal, porque, sendo possível nesse momento do procedimento, ao juiz, formar juízo de certeza, será caso de julgamento antecipado do mérito, ainda que parcial, a depender do caso concreto. Dessa forma, mesmo que o réu não consiga produzir prova documental capaz de gerar dúvida razoável, deve haver no caso concreto outros meios de prova a produzir (oral, pericial) a impedirem o referido julgamento antecipado[188].

Embora o dispositivo legal aponte para a concessão de tutela da evidência após a contestação do réu, entendo que seu cabimento não se exaure a esse momento procedimental. Seguindo o processo e sendo produzida prova de outra natureza que não a documental, caso a parte adversa não consiga produzir prova que gere dúvida razoável, o juiz deverá conceder a tutela da evidência[189].

17.5.3. Procedimento

Conforme já devidamente analisado, o art. 294, parágrafo único, do CPC/2015, exclui a tutela de evidência do rol de tutelas provisórias passiveis de concessão antecedente. Dessa forma, há um tratamento heterogêneo entre as diferentes espécies de tutela provisória: enquanto a tutela de urgência pode ser pedida de forma antecedente e incidental, a tutela da evidência só pode ser pedida de forma incidental.

É claro que, nas duas hipóteses de tutela da evidência em que não cabe sua concessão liminarmente, não haverá possibilidade material de seu pedido ocorrer

[186] Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 824; Fidélis dos Santos, *Dos procedimentos*, n. 45, p. 47.

[187] Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiros*, p. 525.

[188] Didier Jr.-Braga-Oliveira, *Curso*, vol. 2, p. 629.

[189] Amaral, *Comentários*, p. 419.

de forma antecedente; mas nas duas outras, nas quais a concessão pode ou deve ser liminar, é plenamente possível imaginar um pedido de forma antecedente. Como o Código de Processo Civil de 2015 não trata dessa possibilidade, é possível ao intérprete propugnar pela aplicação por analogia do procedimento previsto para o pedido antecedente de tutela antecipada.

Sendo o pedido formulado de forma antecedente, poderá ser elaborado como tópico da petição inicial, ou, após esse momento inicial do procedimento, ser formulado por meio de mera petição a ser juntada aos autos principais. Ainda que o juiz possa, antes de decidir, intimar a parte contrária para se manifestar sobre o pedido, a tutela de evidência pode ser a qualquer momento, concedida mediante contraditório diferido, nos termos do art. 9º, parágrafo único, II, do CPC/2015.

18

MEIOS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

Sumário: 18.1. Introdução – 18.2. Jurisdição – 18.3. Equivalentes jurisdicionais: 18.3.1. Autotutela; 18.3.2. Autocomposição; 18.3.3. Mediação; 18.3.4. Arbitragem.

18.1. INTRODUÇÃO

O sistema jurídico brasileiro disponibiliza às partes variadas formas de solução dos conflitos, sendo possível elencar a jurisdição, a autotutela, a autocomposição, a mediação e a arbitragem. A pretensão no presente capítulo é analisar como essas diferentes formas de solução de conflitos aplicam-se ao direito coletivo *lato sensu*.

18.2. JURISDIÇÃO

A jurisdição pode ser entendida como a atuação estatal visando à aplicação do direito objetivo ao caso concreto, resolvendo-se com definitividade uma situação de crise jurídica e gerando com tal solução a pacificação social. Há doutrina que prefere analisar a jurisdição sob três aspectos distintos: poder (Estado), função (Poder Judiciário) e atividade (juiz)[1]. O poder jurisdicional é o que permite o exercício da função jurisdicional que se materializa no caso concreto por meio da atividade jurisdicional. Essa intersecção é natural e explicável por tratar-se de um mesmo fenômeno processual, mas, ainda assim, é interessante a análise conforme sugerido porque com isso tem-se uma apuração terminológica sempre bem-vinda.

[1] Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria*, 2008.

Como se verifica em praticamente todas as espécies de conflitos de interesses, aqueles que envolvem os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos são em sua maioria resolvidos por meio da jurisdição. A cultura do processo existente entre os operadores do Direito, bem como na população em geral, leva a maioria das crises jurídicas ao Poder Judiciário, na busca de uma solução impositiva do juiz que resolva tal conflito.

Conforme já devidamente analisado no item 5.10, a tutela jurisdicional coletiva será exercida por meio de qualquer espécie de processo – conhecimento, execução e cautelar – na busca de qualquer espécie de tutela jurisdicional – meramente declaratória, constitutiva, condenatória, executiva *lato sensu*, mandamental, cautelar e executiva.

18.3. EQUIVALENTES JURISDICIONAIS

O Estado não tem, por meio da jurisdição, o monopólio da solução das crises jurídicas, sendo admitidas pelo Direito outras maneiras pelas quais as partes possam buscar uma solução do conflito em que estão envolvidas. São chamadas de equivalentes jurisdicionais ou de formas alternativas de solução dos conflitos. Há quatro espécies reconhecidas por nosso direito: autotutela, autocomposição, mediação e arbitragem.

18.3.1. Autotutela

A autotutela é a forma mais antiga de solução dos conflitos, constituindo-se fundamentalmente pelo sacrifício integral do interesse de uma das partes envolvidas no conflito em razão do exercício da força pela parte vencedora. Por "força" deve-se entender qualquer poder que a parte vencedora tenha condições de exercer sobre a parte derrotada, resultando na imposição de sua vontade. O fundamento dessa força não se limita ao aspecto físico, podendo-se verificar nos aspectos afetivo, econômico, religioso etc.

É evidente que uma solução de conflitos resultante do exercício da força não é a forma que se procura prestigiar em um Estado democrático de direito. Aliás, pelo contrário, a autotutela lembra as sociedades mais rudimentares, nas quais a força era sempre determinante para a solução dos conflitos, pouco importando de quem era o direito objetivo no caso concreto. Como, então, a autotutela continua a desempenhar papel de equivalente jurisdicional ainda nos tempos atuais?

Primeiro, é preciso observar que a autotutela é consideravelmente excepcional, sendo raras as previsões legais que a admitem. Como exemplos é possível lembrar a legítima defesa (art. 188, I, do CC); apreensão do bem com penhor legal (art. 1.467, I, do CC); desforço imediato no esbulho (art. 1.210, § 1º, do CC). A justificativa é de que o Estado não é onipresente, sendo impossível estar em todo lugar e a todo momento para solucionar violações ou ameaças ao direito

objetivo, de forma que em algumas situações excepcionais é mais interessante ao sistema jurídico, diante da ausência do Estado naquele momento, a solução pelo exercício da força de um dos envolvidos no conflito.

Segundo, e mais importante, a autotutela é a única forma de solução alternativa de conflitos que pode ser amplamente revista pelo Poder Judiciário, de modo que o derrotado sempre poderá judicialmente reverter eventuais prejuízos advindos da solução do conflito pelo exercício da força de seu adversário. Trata-se, portanto, de uma forma imediata de solução de conflitos, mas que não recebe os atributos da definitividade, sempre podendo ser revista jurisdicionalmente.

Não vejo como se resolver um conflito que tem como objeto direito coletivo *lato sensu* por meio de autotutela.

18.3.2. Autocomposição

18.3.2.1. Diferentes espécies

A autocomposição é uma interessante e cada vez mais popular forma de solução dos conflitos sem a interferência da jurisdição, estando fundada no sacrifício integral ou parcial do interesse das partes envolvidas no conflito mediante a vontade unilateral ou bilateral de tais sujeitos. O que determina a solução do conflito não é o exercício da força, como ocorre na autotutela, mas a vontade das partes, o que é muito mais condizente com o Estado democrático de direito em que vivemos. Inclusive é considerado atualmente um excelente meio de pacificação social porque inexiste no caso concreto uma decisão impositiva, como ocorre na jurisdição, valorizando-se a autonomia da vontade das partes na solução dos conflitos.

A autocomposição é um gênero, do qual são espécies a transação – a mais comum –, a submissão e a renúncia. Na transação há um sacrifício recíproco de interesses, sendo que cada parte abdica parcialmente de sua pretensão para que se atinja a solução do conflito. Trata-se do exercício de vontade bilateral das partes, visto que quando um não quer dois não fazem a transação. Na renúncia e na submissão o exercício de vontade é unilateral, podendo até mesmo ser consideradas soluções altruístas do conflito, levando em conta que a solução decorre de ato da parte que abre mão do exercício de um direito que teoricamente seria legítimo. Na renúncia, o titular do pretenso direito simplesmente abdica de tal direito, fazendo-o desaparecer com o conflito gerado por sua ofensa, enquanto na submissão o sujeito se submete à pretensão contrária, ainda que fosse legítima sua resistência.

Cumpre observar que, embora sejam espécies de autocomposição, e por tal razão formas de equivalentes jurisdicionais, a transação, a renúncia e a submissão podem ocorrer também durante um processo judicial, sendo a submissão nesse caso chamada de reconhecimento jurídico do pedido, enquanto a transação e a renúncia mantêm a mesma nomenclatura.

Verificando-se durante um processo judicial, o juiz homologará por sentença de mérito a autocomposição (art. 487, III, do CPC), com formação de coisa julgada material. Nesse caso, é importante perceber que a solução do conflito se deu por autocomposição, derivada da manifestação da vontade das partes, e não da aplicação do direito objetivo ao caso concreto (ou ainda da criação da norma jurídica), ainda que a participação homologatória do juiz tenha produzido uma decisão apta a gerar a coisa julgada material. Dessa forma, tem-se certa hibridez: substancialmente o conflito foi resolvido por autocomposição, mas formalmente, em razão da sentença judicial homologatória, há o exercício de jurisdição.

Atualmente nota-se um incremento na autocomposição, em especial na transação, o que segundo parcela significativa da doutrina representa a busca pela solução de conflitos que mais gera a pacificação social, uma vez que as partes, por sua própria vontade, resolvem o conflito e dele saem sempre satisfeitas. Ainda que tal conclusão seja bastante discutível, por desconsiderar no caso concreto as condições concretas que levaram as partes, ou uma delas, à autocomposição, é inegável que a matéria "está na moda". Nesse tocante, é imprescindível que se tenha a exata noção de qual papel desempenham na autocomposição a negociação, a conciliação e a mediação.

Pela negociação as partes chegam a uma transação sem a intervenção de um terceiro, enquanto na conciliação há a presença de um terceiro (conciliador) que funcionará como intermediário entre as partes. O conciliador não tem o poder de decidir o conflito, mas pode desarmar os espíritos e levar as partes a exercer suas vontades no caso concreto para resolver o conflito de interesse.

Ainda que tal conclusão seja bastante discutível, por desconsiderar no caso concreto as condições que levaram as partes, ou uma delas, à autocomposição, é inegável que tal forma alternativa de solução de conflitos "está na moda". Nesse tocante, é imprescindível que se tenha a exata noção de qual papel desempenham na autocomposição a negociação e a conciliação.

Pela negociação as partes chegam a uma transação sem a intervenção de um terceiro, enquanto na conciliação há a presença de um terceiro (conciliador) que funcionará como intermediário entre as partes. O conciliador não tem o poder de decidir o conflito, mas pode desarmar os espíritos e levar as partes a exercer suas vontades no caso concreto para resolver o conflito de interesse.

Na tutela coletiva parece não ter lugar a renúncia, considerando-se a indisponibilidade dos direitos materiais difusos e coletivos tutelados pelo microssistema coletivo. Ademais, a indeterminação ou indeterminabilidade dos sujeitos que compõem a coletividade, classe, grupo ou categoria de pessoas impede que os legitimados coletivos, escolhidos pela lei para defenderem esses direitos, em juízo ou fora, deles renunciem. Por tal razão incluo na impossibilidade de renúncia inclusive o direito individual homogêneo disponível[2].

[2] Leonel, Manual, 5.18.3, p. 350.

Quanto à submissão (antes do processo) ou reconhecimento jurídico do pedido (durante o processo), parece não haver qualquer empecilho à sua aplicação na tutela coletiva tradicional, salvo na aplicação das penas previstas pela Lei de Improbidade Administrativa, porque nesse caso, mesmo que o réu reconheça juridicamente o pedido, a aplicação das penas dependerá de sua efetiva condenação.

Bem mais complicado será o reconhecimento jurídico do pedido na ação coletiva passiva, na qual o réu será titular de deveres e estados de sujeição coletivos, tema devidamente analisado no Capítulo 21. De qualquer forma, mesmo que admissível a existência de deveres e estados de sujeição coletivos, pelas mesmas razões que entendo inviável a renúncia, nesses casos também não se admitirá a submissão ou o reconhecimento jurídico do pedido.

18.3.2.2. Termo de ajustamento de conduta

Segundo o art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/1985 "os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial". Sem a expressa previsão das "cominações", o dispositivo é repetido no art. 211 da Lei 8.069/1990 (ECA).

Conforme bem lembrado pela melhor doutrina, apesar de serem utilizados com frequência como expressões sinônimas, há diferença entre compromisso de ajustamento de conduta (CAC) e termo de ajustamento de conduta (TAC). Enquanto o primeiro é o conteúdo do compromisso, o segundo é o documento por meio do qual se materializa o acordo[3].

Existe divergência doutrinária a respeito da natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta, dividindo-se a doutrina basicamente em dois grupos: (a) os que entendem tratar-se de uma verdadeira transação, ainda que limitada aos aspectos referentes a forma, modo e tempo de cumprimento da obrigação[4]; (b) os que entendem tratar-se de espécie de submissão (ou reconhecimento jurídico do pedido) por parte do violador do direito coletivo *lato sensu*, que adequará sua conduta às exigências legais[5].

Acredito ser o debate absolutamente inócuo em termos práticos, porque tanto a transação como a submissão são formas de autocomposição dos conflitos, sendo irrelevante, quando o resultado é alcançado, se determinar por qual dessas formas ocorreu a solução do conflito. Tanto é assim que há doutrinadores que preferem tratar do tema de forma isenta, considerando o compromisso de ajustamento de conduta como forma de acordo que resolve o conflito por meio

[3] Gajardoni, Direitos II, p. 85.

[4] Grella Vieira, A transação, pp. 267-270; Gomes Jr., Curso, p. 274; Vigliar, Ação, 7.4, p. 104; Fink, Alternativa, pp. 118-120; STJ, 1ª Turma, REsp 802.060/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 17.12.2009, *DJe* 22.02.2010.

[5] Almeida, Aspectos, 12.5, p. 240; Leonel, Manual, pp. 349-350.

da imposição de condutas ao violador do direito a serem praticadas, sob pena de determinadas cominações[6].

Concordo plenamente com esse desinteresse prático da discussão, mas ainda assim me posiciono pela adoção do entendimento de que o compromisso de ajustamento de conduta é fruto de uma transação entre as partes. Entretanto, para legitimar tal conclusão é necessário ampliar os horizontes traçados pelos arts. 840 e 841 do CC.

Para tanto, basta lembrar que a pretensão do legitimado coletivo tem sempre dois aspectos: processual e material (pedido imediato e mediato). Essa lembrança explica por que um "acordo" que não tenha como objeto o direito material, mas somente a forma, modo e tempo de cumprimento de obrigações reconhecidas por uma das partes, pode ser considerado uma transação. Ter-se-ão nesse caso as "concessões mútuas" previstas no art. 840 do CC, sendo a vedação constante no art. 841 do CC privativa do direito material, e não da forma e modos de seu exercício.

Entendo que a submissão (que estranhamente parcela considerável da doutrina chama de reconhecimento jurídico do pedido, mesmo não existindo processo judicial?!) só existe quando uma das partes se sujeita plenamente à pretensão da parte contrária, tanto no reconhecimento da existência da obrigação como também na forma, modo e tempo de seu cumprimento. Não sendo essa a realidade na maioria dos compromissos de ajustamento de conduta, é preferível entender que este resulta de verdadeira transação realizada pelas partes.

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de se manifestar no sentido de o termo de ajustamento de conduta resultar de um acordo semelhante ao instituto da conciliação, dependente de convergência de vontade entre as partes envolvidas[7], havendo várias decisões monocráticas daquele tribunal tratando o termo de ajustamento de conduta como espécie de transação extrajudicial[8]. A impossibilidade de imposição da vontade de uma das partes, rotineiramente lembrada pela jurisprudência[9], também corrobora a conclusão de haver uma transação entre as partes.

Apesar de o termo de ajustamento de conduta poder ter como objeto qualquer espécie de obrigação, o art. 5º, § 6º, da LACP, ao prever a aplicação de cominações para a hipótese de descumprimento do acordado, remete a aplicação das *astreintes* previstas no art. 537 do CPC. Conforme lembra a melhor

[6] Costa, Comentários, p. 424; Didier Jr.-Zaneti Jr., p. 333; Souza, Ação civil pública, p. 113; Abelha Rodrigues-Klippel, Comentários, pp. 44-45.

[7] STJ, 4ª Turma, REsp 596.764/MG, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 17.05.2012, *DJe* 23.05.2012.

[8] STJ, Decisão monocrática no AgRg no AREsp 722.532, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 02/02/2016; STJ, Decisão monocrática no AREsp 037.586, Min. Maria Isabel Gallotti, j. 07/12/2015; STJ, Decisão monocrática no AREsp 805.380, Min. Mauro Campbell Marques, j. 20/11/2015; STJ, Decisão Monocrática no AREsp 509.457, Min. Luis Felipe Salomão, j. 02/10/2015.

[9] *Informativo* 497/STJ: 4ª Turma, REsp 596.764-MG, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 17.05.2012; STJ, 2ª Turma, REsp 1.155.144/MS, rel. Min. Eliana Calmon, j. 24.08.2010, *DJe* 08.09.2010.

doutrina, a ausência de cominações não anula o título executivo[10], pois diante de tal omissão é possível ao juiz determiná-las no caso concreto. Havendo a fixação de multa no termo de ajustamento de conduta, o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de decidir pela inviabilidade de o juiz aumentar seu valor, em respeito ao art. 814, parágrafo único, do CPC,[11] e pela possibilidade de sua redução[12].

Segundo previsão expressa do art. 5º, § 6º, da LACP, não são todos os legitimados à propositura da ação coletiva que podem celebrar o termo de ajustamento de conduta, o que ficaria limitado aos "órgãos públicos".

Não há dúvida da legitimidade das pessoas jurídicas de direito público da administração direta, das autarquias e das fundações. Indubitável também a legitimidade do Ministério Público, que, inclusive, é o mais famoso, sujeito a tomar termos de ajustamento de conduta. Apesar das divergências a respeito da legitimidade coletiva ativa da Defensoria Pública, devidamente desenvolvidas no item 8.2.5, ela também tem legitimidade para firmar termos de ajustamento de conduta. Por outro lado, inegável a ilegitimidade das associações, fundações privadas, sindicatos e partidos políticos, legitimados coletivos que não podem ser considerados, sob nenhum aspecto, "órgãos públicos".

No entanto, nem só de certezas vive a legitimidade para a tomada de termo de ajustamento de conduta. Há divergência doutrinária quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista, considerando-se a personalidade jurídica de direito privado desses legitimados coletivos. Apesar de existir doutrina que não admite que tais sujeitos celebrem o termo de ajustamento de conduta[13], enquanto outra parcela prefira admiti-los em qualquer situação por interpretação teleológica com a legitimidade ativa para a ação coletiva[14], prefiro o entendimento majoritário no sentido de determinar a legitimidade a partir da atuação da empresa pública ou sociedade de economia mista: no caso de serem prestadoras de efetivo serviço público, têm legitimidade, mas lhes faltará legitimidade se atuarem em regime de concorrência, como exploradoras de atividade econômica[15].

Determinada a legitimidade do sujeito para tomar o termo de ajustamento de conduta, passa a ser exigida a pertinência temática, nos exatos termos da legitimidade ativa para a propositura da ação coletiva[16].

Quanto ao polo passivo, qualquer sujeito pode celebrar um termo de ajustamento de conduta, sendo pessoa humana ou jurídica, inclusive as de direito

[10] Carvalho Filho, Ação, p. 223; Andrade-Masson-Andrade, Interesses, 2.10.1.5, p. 199.

[11] STJ, 2ª Turma, REsp 859.857/PR, rel. Min. Eliana Calmon, j. 10.06.2008, *DJe* 19.05.2010.

[12] STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 248.929/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 23/06/2015, DJe 05/08/2015.

[13] Gajardoni, Direito, p. 87.

[14] Mancuso, Ação civil pública, p. 246.

[15] Mazzilli, A defesa, p. 429; Souza, Ação, pp. 113-115; Costa, O processo, p. 427; Fink, Alternativa, p. 128; Geisa Assis Rodrigues, pp. 142-143.

[16] Geisa Assis Rodrigues, Ação, p. 145; Grella, A transação, p. 271; Andrade-Masson-Andrade, 2.10.1.2, p. 196.

público, desde que, naturalmente, o faça por quem tem sua representação legal, com poderes para transigir ou firmar acordos[17]. Como a pessoa jurídica de direito público pode também ser responsável pela tomada do termo de compromisso, estará proibido o órgão público de tomar compromisso de si mesmo[18].

Conforme dispõe o art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/1985, o termo de ajustamento de conduta é um título executivo extrajudicial, mas para ser executável a obrigação nele contida deve ser líquida, certa e exigível, nos termos do art. 783 do CPC[19], além de preencher outros requisitos formais essenciais a depender do caso concreto. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já decidiu pela retirada de eficácia executiva de termo de ajustamento de conduta celebrado perante o Ministério Público sem a assinatura do promotor de justiça que teria conduzido as tratativas[20].

Existe divergência doutrinária a respeito do legitimado a executar o título executivo extrajudicial formado pelo termo de ajustamento de conduta. Para a doutrina majoritária qualquer legitimado coletivo poderá propor a execução caso o responsável pela tomada do termo de ajustamento de conduta não o faça dentro de um prazo razoável[21]. Há, entretanto, doutrina minoritária que prefere limitar essa legitimação aos sujeitos que seriam legitimados à tomada do termo de ajustamento de conduta[22].

Prefiro o entendimento ampliativo, porque, além de admitir um número maior de legitimados à defesa do direito coletivo *lato sensu*, parte da correta distinção entre legitimidade para a ação judicial coletiva e para a tomada do termo de ajustamento de conduta. O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, já teve a oportunidade de decidir que somente os sujeitos que dispõem de legitimidade para tomar o compromisso de ajustamento de conduta terão legitimidade para executá-lo em juízo[23].

Uma vez havendo título executivo extrajudicial, o caminho para a tutela do direito será o processo de execução. Será admissível, entretanto, a propositura de uma ação civil pública? A doutrina se preocupa corretamente com a eventual falta de interesse de agir nesse caso, considerando-se o equacionamento do conflito por meio do termo de ajustamento de conduta[24]. Ocorre, entretanto, que, sendo o termo incompleto ou defeituoso, não contemplando os interesses da coletividade ou comunidade, é tranquila a doutrina em apontar pela existência de interesse de agir na ação coletiva.

[17] Geisa Assis Rodrigues, Ação, p. 154; Carvalho Filho, Ação, p. 226.
[18] Mazzilli, A defesa, p. 433.
[19] Mazzilli, A defesa, p. 433.
[20] STJ, 1ª Turma, REsp 840.507/RS, rel. Min. Denise Arruda, j. 09.12.2008, *DJe* 11.02.2009.
[21] Geisa Assis Rodrigues, Ação, p. 208, Costa, Ação, p. 428; Andrade-Masson-Andrade, Interesses, 2.10.1.2, p. 196; Scarpinella, Curso, p. 216.
[22] Carvalho Filho, Ação, p. 233.
[23] STJ, 1ª Turma, REsp 1.020.009/RN, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 06.03.2012, *DJe* 09.03.2012.
[24] Grella, A transação, p. 277; Souza, Ação, p. 116; Gajardoni, Direito, p. 87.

Na hipótese de termo de ajustamento incompleto, basta o ingresso de ação coletiva visando tutelar a parcela excluída do título executivo extrajudicial[25]. Já no caso de termo de ajustamento defeituoso cabe ação civil pública com o mesmo objeto da transação já realizada. Havendo, entretanto, a tentativa de acionar o réu para discutir o objeto do termo de ajustamento de conduta, entendo que será necessário antes desconstituir o título para depois se elaborar qualquer pedido[26], ainda que se admita uma cumulação dessas pretensões na mesma ação coletiva[27]. Nesse caso, sendo o autor da ação coletiva sujeito distinto do responsável por tomar o termo de ajustamento de conduta, obrigatoriamente deverá compor o polo passivo. Tratar-se-á de litisconsórcio necessário entre os sujeitos que participaram do termo de ajustamento de conduta.

Além da possibilidade de ingresso de ação coletiva mesmo quando já exista um termo de ajustamento de conduta, devidamente reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça[28], o acordo celebrado entre as partes não obsta a instauração da ação penal, pois a transação tem consequências limitadas à esfera cível, que é independente da penal[29].

Há dúvida a respeito da possibilidade de o termo de ajustamento de conduta ser tomado em juízo, durante o processo coletivo. Seja uma transação ou uma submissão da parte que assume o compromisso de adequar sua conduta à lei, ambas são espécies de autocomposição que podem existir tanto fora como dentro do processo. Portanto, o nome que se dará à transação ou reconhecimento jurídico do pedido durante o processo é algo absolutamente desinteressante e sem qualquer repercussão prática.

O que deve ficar claro, entretanto, é que o acordo homologado em juízo – ou para os que entendem haver submissão do réu, a homologação do reconhecimento jurídico do pedido – tem nítidas diferenças com o acordo celebrado sob a forma de termo de ajustamento de conduta realizado extrajudicialmente. E essas diferenças têm relevância prática incontestável, sendo por essa razão preferível limitar o termo de ajustamento de conduta aos acordos extrajudiciais.

Primeiro, existe uma limitação na legitimação para a tomada do termo do ajustamento de conduta, conforme já analisado, enquanto o acordo judicial pode ser celebrado por qualquer legitimado ativo com a parte ré[30]. Segundo, o termo de ajustamento de conduta tem natureza de título executivo extrajudicial, enquanto a sentença homologatória de acordo no processo coletivo tem natureza de título executivo judicial.

[25] Carvalho Filho, Ação, p. 236.
[26] Geisa Assis Rodrigues, Ação, p. 203.
[27] Grella, A transação, p. 287; Souza, Ação, p. 117; Carvalho Filho, Ação, pp. 236-237.
[28] STJ, 2ª Turma, REsp 1.150.530/SC, rel. Min. Humberto Martins, j. 18.02.2010, *DJe* 08.03.2010.
[29] STJ, 6ª Turma, RHC 24.499/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 20.09.2011, *DJe* 03.10.2011; STJ, 6ª Turma, HC 187.043/RS, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 22.03.2011, *DJe* 11.04.2011.
[30] Souza, Ação, p. 118; Andrade-Masson-Andrade, Interesses, 2.10.2, p. 206.

Apesar da relevância do Ministério Público na tomada de ajustamento de conduta, é importante registrar que não é obrigatória sua participação em termos de ajustamento de conduta tomado por outros legitimados[31]. Por outro lado, a doutrina majoritária entende que o termo de ajustamento de conduta celebrado pelo promotor de justiça não pode ter sua executividade condicionada à homologação pelo Conselho Superior do Ministério Público[32], já tendo o Superior Tribunal de Justiça a oportunidade de decidir nesse sentido[33].

18.3.2.3. Instrumentos extrajudiciais semelhantes ao Termo de Ajustamento de Conduta

Conforme ensina qualificada doutrina[34], há três instrumentos extrajudiciais de solução de conflitos coletivos que, apesar de se aproximarem do termo de ajustamento de conduta, inclusive devendo a eles serem substancialmente aplicadas as regras desse, merecem breves comentários individualizados.

Há, inclusive, boas sugestões do caminho inverso, ou seja, de, valendo-se da ideia de microssistema coletivo, aplicar regras especificamente previstas nesses instrumentos para o termo de ajustamento de conduta, como ocorre, exemplificativamente, como o art. 85, § 15º, da Lei 12. 529/2011, que prevê a admissão dos demais legitimados coletivos durante as tratativas da celebração do compromisso, ou o art. 46, § 2º, da mesma lei, que prevê ser a celebração do compromisso causa para a suspensão do prazo prescricional[35].

No art. 85 da Lei 12.529/2011 há previsão de compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos a ser tomado pelo Cade. Segundo o dispositivo legal durante os administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 da referida Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

Conforme ensina a melhor doutrina, podem ser apontadas algumas diferentes do compromisso de cessação do termo de ajustamento de conduta: (a) legitimidade ativa; (b) possibilidade de alteração unilateral; (c) suspensão da prescrição; (d) confidencialidade da proposta; (e) intervenção dos demais legitimados durante as tratativas[36].

Há também o compromisso de ajustamento de conduta em matéria ambiental pelos órgãos ambientais do Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA),

[31] Carvalho Filho, Ação, p. 228; Gajardoni, Direito, p. 88. Contra: Grella, A transação, pp. 274-276.
[32] Mazzilli, A defesa, pp. 441-442; Souza, Ação, p. 117; Gajardoni, Direito, p. 88. Contra: Costa, Ação, p. 427.
[33] STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp. 1.175.494/PR, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 22.03.2011, *DJe* 07.04.2011.
[34] Bastos, *Curso*, p. 475.
[35] Bastos, *Curso*, p. 476.
[36] Bastos, *Curso*, p. 478.

nos termos do art. 79-A da Lei 9.605/1998. Segundo o dispositivo legal os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização dos estabelecimentos e das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental, ficam autorizados a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores.

Por fim, há o acordo de leniência, previsto no art. 86 da Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência) e no art. 16 da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). Ainda que guarde inegáveis pontos de identidade com o termo de ajustamento de conduta, o mais interessante, mais uma vez amparado na melhor doutrina, é apontar as diferenças.

A impossibilidade de nova celebração de acordo em caso de descumprimento, a legitimidade para a celebração, a suspensão da prescrição, confidencialidade da proposta, previsão de abrandamento de sanções, bem como de isenção ou extinção da punibilidade; previsão de repercussão processual pela indicação de pressuposto processual negativo[37].

18.3.2.4. Transação durante o processo coletivo

Entendo que a transação é plenamente admissível no processo coletivo, devendo até mesmo ser incentivada, como ocorre atualmente na tutela dos direitos individuais. Naturalmente não se está afirmando que o direito coletivo *lato sensu* possa ser parcialmente objeto de renúncia para que, com sacrifícios recíprocos das partes envolvidas, se chegue à solução do conflito de interesses. O raciocínio simples dos conflitos individuais de que para a transação cada uma das partes renuncia parcialmente a sua pretensão e resistência é inaplicável à tutela coletiva. E isso porque não cabe nessa tutela a renúncia do direito, nem mesmo parcialmente.

Na tutela coletiva a transação não tem como objeto o direito material, mas sim as formas de exercício desse direito, tais como os modos e momentos de cumprimento da obrigação[38]. O direito ao meio ambiente saudável é irrenunciável, mas são, por exemplo, variadas as maneiras de se restaurar uma área degradada, sendo justamente sobre essas maneiras de tutelas do meio ambiente saudável que recairá a transação.

Dentre os poderes do juiz, aguçados no processo coletivo pelas razões amplamente expostas no item 5.3, certamente poderá ser incluída a recusa na homologação da

[37] Bastos, *Curso*, p. 481.
[38] Mancuso, Ação civil pública, p. 241; Mazzilli, A defesa, pp. 438-439; Gomes Jr., Curso, p. 273; STJ, 2ª Turma, REsp 299.400/RJ, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, rel. p/ acórdão Min. Eliana Calmon, j. 01.06.2006, *DJ* 02.08.2006, p. 229.

transação, sempre que entender que ela não é interessante para a efetiva tutela do direito coletivo *lato sensu* discutido na demanda[39]. Também o Ministério Público, quando participar como fiscal da ordem jurídica, poderá se opor à homologação de acordo celebrado entre as partes[40], desde que o faça de forma fundamentada.

Interessante questão se levanta na hipótese de haver litisconsórcio ativo, que, como analisado no item 11.2., apesar de facultativo, será unitário. Conforme tradicional lição doutrinária, o ato de disposição de direito no litisconsórcio unitário só terá eficácia se praticado por todos os litisconsortes, de forma que, se apenas um deles pratica o ato, sem ao menos a anuência dos demais, o ato será plenamente ineficaz. Apesar de importante doutrina aplicar esse entendimento também ao acordo celebrado em processo coletivo[41], entendo que em razão da especial forma de legitimação ativa e dos interesses tutelados por tais legitimados a solução deva ser dada de outra forma.

Parece-me que, havendo divergência dos autores da ação coletiva a respeito dos termos da transação, ou da conveniência de um acordo com o(s) réu(s), caberá ao juiz, com o precioso auxílio do Ministério Público – sempre que este funcionar no processo como fiscal da ordem jurídica –, decidir a respeito do tema, podendo, inclusive, homologar o acordo celebrado mesmo a contragosto de um ou mais dos autores. Acredito que um mero capricho de um dos autores não possa ser o suficiente para impedir a homologação de um acordo que nitidamente favorecerá a coletividade ou comunidade titular do direito discutido no processo coletivo.

Uma vez homologado o acordo, será cabível o recurso de apelação contra a sentença, inclusive tendo legitimidade, como terceiro prejudicado, os legitimados ativos que não participavam do processo até então[42]. Transitado em julgado o acordo, será cabível a ação anulatória, nos termos do § 4º do art. 966 do CPC, já sendo nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça formada na vigência do CPC/1973.[43]

Quanto ao interesse de agir na ação coletiva, quando já existente um título executivo derivado da homologação do acordo, servem as considerações realizadas no tópico anterior a respeito do termo de ajustamento de conduta.

18.3.2.5. Vedação expressa à transação na Lei de Improbidade Administrativa

Numa interpretação literal do art. 17, § 1.º, da Lei 8.429/1992 estaria proibida a prolação de sentença homologatória nos termos do art. 487, III, "b", do

[39] Mazzilli, A defesa, p. 443.

[40] Mazzilli, A defesa, p. 440; Mancuso, Ação civil pública, p. 250.

[41] Mancuso, Ação civil pública, p. 250; Mazzilli, A defesa, p. 440.

[42] Souza, Ação, p. 120

[43] STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 1.152.702/MT, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 15/05/2014, DJe 27/05/2014; STJ, 4ª Turma, REsp 1.150.745/MG, rel. Min. Marco Buzzi, j. 11/02/2014, DJe 19/02/2014; STJ, 2ª Turma, REsp 884.742/PR, rel. Min. Herman Benjamin, j. 20.04.2010, *DJe* 28.04.2011.

CPC, considerando-se que a previsão legal proibia expressamente a transação, o acordo ou a conciliação nas ações de improbidade administrativa.

Apesar da inexistência de norma nesse sentido nas leis que regulamentam as demais ações coletivas, sempre entendi que a regra ora analisada era de teoria geral da tutela coletiva, devendo ser aplicada a todas as espécies de ação coletiva. Primeiro, porque o direito material discutido nessas espécies de ação é indisponível. Segundo, porque os legitimados ativos a defendê-los em juízo não são os titulares do direito. No caso específico da ação de improbidade administrativa, na qual se tutelam o patrimônio público e a moralidade administrativa, me parecia natural a inadmissão da transação desses bens da vida.

Não obstante essa constatação, na tutela coletiva é não só possível, como frequente, a transação, como se pode notar pela quantidade razoável de TACs (termos de ajustamento de conduta) celebrados pelos legitimados a defender o direito coletivo *lato sensu*, ainda que para parcela da doutrina nos termos de ajustamento de conduta tenha-se a solução por submissão e não transação.[44] O que deve ficar claro é que, nessas soluções do conflito por autocomposição, não é o direito material em si o objeto da transação, mas sim a forma de seu exercício. Significa dizer que será objeto de transação apenas a forma, o modo e os prazos de cumprimento de obrigações que tutelem o direito material, que nunca será em si mesmo o objeto da transação.[45]

Na ação de improbidade administrativa ocorre exatamente o mesmo com relação à reparação dos danos causados ao patrimônio público e à perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente ímprobo. O que o art. 17, § 1º, da Lei 8.429/1992 não admitia era qualquer espécie de transação que tivesse como objeto as penas de natureza político-administrativas previstas pelo art. 12 da Lei 8.429/1992, não se permitindo qualquer espécie de transação no tocante à perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público, ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.[46]

Esse panorama, entretanto, foi radicalmente alterado em razão da revogação do art. 17, § 1º, da Lei 8.429/1992 por meio da Medida Provisória 703/2015. Com tal revogação passa a se admitir a prolação de sentença homologatória de transação na ação de improbidade administrativa inclusive para as sanções político-administrativas previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992.

18.3.3. Mediação

A mediação é forma alternativa de solução de conflitos fundada no exercício da vontade das partes, o que é o suficiente para ser considerada espécie de forma

[44] Leonel, *Manual*, 5.18.3, p. 350.

[45] Mazzilli, *A defesa*, p. 412.

[46] Ferraresi, *Improbidade*, p. 189; Oliveira, *Improbidade*, 10.5.4, pp. 380-382; Garcia-Alves, *Improbidade*, pp. 617-618; Farias-Pinho, *Apontamentos*, *In:* Bueno-Porto Filho, *Improbidade*, pp. 115-119; Didier Jr.-Zaneti Jr., *Curso*, p. 315.

consensual do conflito, mas não deve ser confundida com a autocomposição. Há ao menos três razões que indicam aconselhável distinguir essas duas espécies de solução consensual dos conflitos.

Como primeira e principal diferença tem-se a inexistência de sacrifício total ou parcial dos interesses das partes envolvidas na crise jurídica. É nesse sentido a previsão de solução com "benefícios mútuos" presente no § 3º do art. 165 do CPC. Para que seja possível uma solução consensual sem sacrifício de interesses, diferente do que ocorre na conciliação, a mediação não é centrada no conflito em si, mas sim em suas causas.

A mera perspectiva de uma solução de conflitos sem qualquer decisão impositiva e que preserve plenamente o interesse de ambas as partes envolvidas no conflito torna a mediação ainda mais interessante que a autocomposição em termos de geração de pacificação social.

Por outro lado, diferente do conciliador, o mediador não propõe soluções do conflito às partes, mas as conduz a descobrirem as suas causas de forma a possibilitar sua remoção e assim chegarem à solução do conflito. Portanto, as partes envolvidas chegam por si sós à solução consensual, tendo o mediador apenas a tarefa de induzi-las a tal ponto de chegada[47]. O sentimento de capacidade que certamente será sentido pelas partes também é aspecto que torna a mediação uma forma alternativa de solução de conflitos bastante atraente.

A última diferença entre a mediação e a conciliação (autocomposição) está consagrada nos §§ 2º e 3º do art. 165 do CPC e versa sobre as espécies de litígios mais adequados para a atuação do conciliador e do mediador.

O conciliador deve atuar preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes. Significa dizer que a conciliação é mais adequada para conflitos de interesses que não envolvam relação continuada entre as partes, que passaram a manter um vínculo justamente em razão da lide instaurada, como ocorre numa colisão de veículos. Ou ainda para aquelas partes que têm uma relação anterior pontual, tendo a lide surgido justamente desse vínculo, como ocorre num contrato celebrado para a compra de um produto ou para a prestação de um serviço.

Já o mediador deve atuar preferencialmente nos casos em que tiver havido liame anterior entre as partes. São casos em que as partes já mantinham alguma espécie de vínculo continuado antes do surgimento da lide, o que caracteriza uma relação continuada e não apenas instantânea entre elas, como ocorre no direito de família, de vizinhança e societário.

Detentora de tantas vantagens, naturalmente a mediação será – sempre que possível – admissível no âmbito da tutela coletiva.

[47] Neves, *Ações*, p. 426.

18.3.4. Arbitragem

18.3.4.1. Generalidades

A arbitragem é antiga forma de solução de conflitos fundada na vontade das partes de submeterem a decisão a um determinado sujeito que, de algum modo, exercia forte influência sobre elas, sendo, por isso, extremamente valorizadas suas decisões. Assim, surge a arbitragem, figurando como árbitro o ancião ou o líder religioso da comunidade, que intervinha no conflito para resolvê-lo imperativamente.

Atualmente, a arbitragem mantém as principais características de seus primeiros tempos, sendo uma forma alternativa de solução de conflitos fundada basicamente em dois elementos: (i) as partes escolhem um terceiro de sua confiança que será responsável pela solução do conflito de interesses; e (ii) a decisão desse terceiro é impositiva, o que significa que resolve o conflito independentemente da força ou da vontade das partes.

A Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996) disciplina essa forma de solução de conflitos, privativa dos direitos disponíveis. Registre-se posicionamento do Superior Tribunal de Justiça que admite a arbitragem em contratos administrativos envolvendo o Estado, tomando-se por base a distinção entre direito público primário e secundário. Nesse entendimento para a proteção do interesse público secundário o Estado pratica atos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade em prol da coletividade admite a solução por meio da arbitragem.[48]

Após alguma vacilação na doutrina e jurisprudência, venceu a tese mais correta de que a arbitragem não afronta o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV, da CF. O Supremo Tribunal Federal corretamente entendeu que a escolha entre a arbitragem e a jurisdição é absolutamente constitucional, afirmando que a aplicação da garantia constitucional da inafastabilidade é naturalmente condicionada à vontade das partes[49]. Se o próprio direito de ação é disponível, dependendo da vontade do interessado para se concretizar por meio da propositura da demanda judicial, também o será o exercício da jurisdição na solução do conflito de interesse.

Nesse sentido é elogiável o art. 3.º, *caput*, do CPC/2015 ao prever que não se excluirá da apreciação jurisdicional a ameaça ou lesão a direito, salvo os conflitos de interesses voluntariamente submetidos à solução arbitral. Ainda que seja apenas a consagração de uma realidade atualmente incontestável, é interessante o dispositivo explicitar tal realidade.

Questão interessante a respeito da arbitragem diz respeito a sua genuína natureza de equivalente jurisdicional. Ainda que a doutrina majoritária defenda

[48] STJ, 1ª Seção, MS 11.308/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 09.04.2008, *DJe* 19.05.2008.

[49] Houve declaração incidental do STF no julgamento da homologação de sentença estrangeira SE 5.206-7, em 12.12.2001.

tal entendimento[50], é preciso lembrar que importante parcela doutrinária defende a natureza jurisdicional da arbitragem, afirmando que atualmente a jurisdição se divide em jurisdição estatal, por meio da jurisdição, e jurisdição privada, por meio da arbitragem[51]. Para se ter uma ideia da confusão nesse tocante, registre-se julgado do Superior Tribunal de Justiça que ora trata a arbitragem como equivalente jurisdicional e ora como espécie de jurisdição privada[52], sem qualquer consequência prática significativa. Ao menos em outra oportunidade, o tribunal deu consequência prática ao tema ao admitir um conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral[53].

Para a corrente doutrinária que entende ser a arbitragem uma espécie de jurisdição privada, existem dois argumentos principais: (i) a decisão que resolve a arbitragem é atualmente uma sentença arbitral, não mais necessitando de homologação pelo juiz para ser um título executivo judicial (art. 515, VII, do CPC), o que significa a sua equiparação com a sentença judicial; (ii) a sentença arbitral torna-se imutável e indiscutível, fazendo coisa julgada material, considerando-se a impossibilidade de o Poder Judiciário reavaliar seu conteúdo, ficando tal revisão jurisdicional limitada a vícios formais da arbitragem e/ou da sentença arbitral, por meio da ação anulatória prevista pelos arts. 32 e 33 da Lei 9.307/1996.

Conforme já afirmado, o entendimento foi prestigiado em julgamento do Superior Tribunal de Justiça ao decidir pela possibilidade de existência de conflito de competência entre um órgão jurisdicional e uma câmara arbitral[54].

Não concordo com tal entendimento, a princípio porque nem toda imutabilidade da decisão deriva da coisa julgada material, bastando para confirmar a alegação a lembrança do art. 123 do CPC, que prevê a imutabilidade da justiça da decisão, ou seja, dos fundamentos da decisão, para o assistente que efetivamente atua no processo. Depois porque não há como confundir o juiz e o árbitro. O primeiro, agente estatal, concursado, preocupado com os diversos escopos do processo, enquanto o segundo, particular contratado pelas partes, preocupado exclusivamente em resolver o conflito que lhe foi levado, por vezes até mesmo sem a necessidade de se ater a legalidade. Isso sem entrar na polêmica questão que envolve a possibilidade de o árbitro resolver conflito fundado em ilegalidade de ambas as partes envolvidas, o que, naturalmente, não seria feito pelo juiz de direito.

O já mencionado art. 3.º, § 1.º, do CPC parece ter consagrado o entendimento de que a arbitragem não é jurisdição, porque, ao prever a inafastabilidade da jurisdição, salvo a arbitragem, fica claro que essa forma de solução de conflitos

[50] Theodoro Jr., *Curso*, v. 1, p. 45; Greco Filho, *Direito*, v. 1, p. 178; Marinoni, *Teoria*, pp. 148-153. Scarpinella Bueno, *Curso*, pp. 12-13.

[51] Carmona, *Arbitragem*, p. 69; Figueira Jr., *Arbitragem*, pp. 151-158.

[52] STJ, 1.ª Seção, MS 11.308/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 09.04.2008, *DJe* 19.05.2008.

[53] STJ, 2.ª Seção, CC 111.230/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 08.05.2013, *DJe* 03.04.2014.

[54] *Informativo* 522/STJ, 2ª Seção, CC 111.230-DF, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 08.05.2013.

não é jurisdicional. E no mesmo sentido vai o art. 42 do CPC ao prever que as causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei.

Insisto, entretanto, que a discussão é substancialmente doutrinária, sem reflexos práticos de maior repercussão. Se houve época em que a arbitragem precisava ser considerada espécie de jurisdição para aumentar sua relevância entre as outras formas de solução dos conflitos, essa época ficou no passado. Hoje a arbitragem é uma realidade, muito bem-vinda, de forma de solução de conflito, não maculando em nada sua relevância e nem limitando seu alcance o fato de não ser considerada espécie de jurisdição. A verdade é que, jurisdição ou não, a arbitragem está consolidada.

Independentemente da natureza da arbitragem – solução alternativa de conflitos ou jurisdição privada –, existe interessante polêmica a respeito do cabimento da arbitragem para a solução dos conflitos de natureza consumerista.

18.3.4.2. Cabimento na tutela coletiva

18.3.4.2.1. Introdução

Não existe qualquer impedimento para solucionar os conflitos de interesses coletivos por meio da arbitragem, salvo, naturalmente, nos casos das penas previstas no art. 12 da LIA, que não podem ser objeto de transação e só podem ser aplicadas por meio de atividade jurisdicional. É, inclusive, forma recomendável de solução dos conflitos coletivos, em especial quando o direito material exigir conhecimentos muito específicos do julgador, que podem faltar ao juiz no caso concreto.

Apesar de entender pela aplicabilidade da arbitragem na solução de conflitos coletivos, reconheço que na prática tal forma de solução é aplicada com extrema raridade. Sendo o Ministério Público o principal autor de ações coletivas, fica fácil entender o porquê de tal raridade, não parecendo crível que o Ministério Público exclua a atuação jurisdicional celebrando um compromisso de arbitragem com a parte acusada de ameaçar ou violar direito coletivo *lato sensu*.

18.3.4.2.2. Vedação expressa à arbitragem no Código de Defesa do Consumidor

O art. 51, VII, do CDC prevê ser nula de pleno direito a cláusula contratual que determine a utilização compulsória de arbitragem. Por outro lado, o art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/1996, que regula a arbitragem e é posterior ao Código de Defesa do Consumidor, dispõe que nos contratos de adesão a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Apesar do interesse do tema, entendo que a norma restritiva prevista pelo art. 51, VII, do CDC aplica-se tão somente na hipótese de direito coletivo consumerista. E mesmo nesse caso não vejo aplicabilidade prática da vedação, porque as cláusulas contratuais de arbitragem, quando existirem, serão previstas em contratos individuais, não vinculando os legitimados coletivos.

19

GRATUIDADE

Sumário: 19.1. Introdução – 19.2. Isenção de adiantamento – 19.3. Condenação em verbas de sucumbência.

19.1. INTRODUÇÃO

A gratuidade no microssistema coletivo vem prevista nos arts. 87 do CDC, 17 e 18 da LACP, com normas muito próximas em seus conteúdos, ainda que no segundo caso o legislador tenha indevidamente se preocupado exclusivamente com a condução das ações coletivas por associações. Há também normas com o conteúdo repetido ou assemelhado nos arts. 219 do ECA e 88 do Estatuto do Idoso, dispositivos devidamente analisados no Capítulo 3.

De qualquer forma, a tônica principal dos dispositivos é a dispensa no adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas para os autores da ação coletiva e a isenção no tocante ao pagamento das verbas de sucumbência, salvo em situações excepcionais.

19.2. ISENÇÃO DE ADIANTAMENTO

A dispensa no adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas para os autores da ação coletiva decorre de expressa previsão do art. 87, *caput*, do CDC e do art. 18 da LACP (mesma redação), justificando-se no incentivo que a gratuidade proporciona àqueles que pretendem ingressar com uma ação coletiva[1].

[1] Didier Jr.-Zanetti Jr., Curso, p. 334; Andrade-Masson-Andrade, Interesses, p. 247.

Além das complicações técnicas que uma demanda coletiva pode proporcionar, a questão econômica envolvida também pode se mostrar um elemento fortemente inibidor de proposituras de tais ações, daí serem extremamente importante as regras ora comentadas como forma de incentivar tais proposituras. Esse objetivo é tão claro e indiscutível que o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de decidir que a gratuidade é exclusiva do autor da ação coletiva, não aproveitando, portanto, o sujeito que compõe o polo passivo da demanda[2]. Esse também é o pensamento da melhor doutrina a respeito do tema[3].

No tocante à gratuidade, o aspecto mais interessante diz respeito ao adiantamento dos honorários periciais, que, ao menos em regra, segue as regras estabelecidas pelo art. 95 do CPC. Dessa forma, sendo a perícia requerida pelo autor, pelo autor e réu, pelo Ministério Público como fiscal da ordem jurídica ou ainda determinada de ofício pelo juiz, o ônus de adiantar os honorários periciais é do autor. Na hipótese de somente o réu pedir a produção da prova pericial, será seu o ônus de adiantar tal verba.

Sendo o pedido de prova pericial na ação coletiva elaborado exclusivamente pelo réu, não haverá qualquer especialidade, cabendo a ele o depósito em juízo dos honorários periciais "sob pena" de preclusão da prova técnica. A experiência forense, entretanto, mostra que nas ações coletivas são em geral os autores que requerem a produção da prova pericial, justamente os sujeitos agraciados com a dispensa no adiantamento das verbas periciais, além de outras. Questiona-se: como proceder diante de tal situação? Por um lado, não se pode exigir do autor o adiantamento e, por outro, não se pode exigir do perito que trabalhe sem o devido adiantamento de seus honorários.

Passou a ser prática comum em juízos de primeiro grau a simples inversão do ônus do adiantamento para o réu, com intimações para que deposite o valor referente aos honorários do perito, tese defendida por parcela da doutrina[4]. O tema é controverso, mas o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que não se aplica essa inversão do ônus do adiantamento dos honorários periciais, apesar de o réu assumir o risco diante da não produção da prova[5].

Especificamente no tocante à tutela coletiva, o Superior Tribunal de Justiça entende que tal inversão seria flagrantemente contrária à regra consagrada no art. 95 do CPC, que deve ser aplicada subsidiariamente ao microssistema coletivo. Além disso, afirma que tal inversão criaria a paradoxal exigência de adiantamento de uma prova por parte do réu que poderá prejudicar a defesa

[2] STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 434.851/MG, rel. Min. Marga Tessler (Juíza convocada do TRF 4ª Região), j. 05/03/2015, *DJe* 12/03/2015; STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 450.222/MG, rel. Min. Herman Benjamin, j. 08/04/2014, *DJe* 18/06/2014.

[3] Mazzilli, A defesa, p. 620.

[4] Mazzilli, A defesa, p. 621.

[5] STJ, 3ª Turma, REsp 781.446/RN, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 03.04.2008, *DJe* 15.04.2008; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.042.919/SP, rel. Min. Humberto Martins, j. 05.03.2009, *DJe* 31.03.2009.

de seus interesses, contrariando o postulado básico de que ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo[6].

Admitindo-se que o autor está isento do adiantamento dos honorários do perito e que não cabe ao réu tal ônus, nos termos do art. 95 do CPC, resta a pergunta: o perito deverá trabalhar sem garantia de remuneração? Afirmo que não há garantia de remuneração porque a isenção no pagamento das verbas de sucumbência em caso de improcedência do pedido ou de sentença terminativa naturalmente inclui os valores devidos a título de honorários periciais. Na melhor das hipóteses caberá ao Estado arcar com os honorários ao final da demanda, e nesse caso o perito deve aguardar todo o tempo de duração do processo e depois ainda sofrer mais um tempo para a difícil missão de executar a Fazenda Pública.

Em um primeiro momento, o Superior Tribunal de Justiça tinha, em meu entender, chegado a mais correta solução, mas pelo fundamento mais inadequado possível. Antevendo os problemas gerados pela isenção no adiantamento dos honorários periciais, ressaltando até mesmo uma inviabilidade na produção da prova técnica e, por consequência, frustração da tutela coletiva, o tribunal passou a determinar que no tocante aos honorários periciais a isenção expressamente prevista em lei não deveria ser admitida[7].

Não posso concordar com o "abandono da interpretação" literal dos arts. 87 do CDC e 17 da LACP, pois os honorários periciais constituem uma das principais despesas a serem adiantadas pelas partes, e não tem qualquer sentido lógico ou jurídico a sua exclusão da isenção legal. Por outro lado, não se pode exigir o trabalho gratuito do perito, nem mesmo o exercício de seu labor mediante uma incerta expectativa de algum dia receber pelo trabalho prestado.

Entendo que, se a lei oferece a gratuidade, quem deve arcar com verbas, tal como a dos honorários periciais, é o Estado, justamente o responsável pela criação da gratuidade. Colocar uma prerrogativa criada por lei em favor da parte autora da ação coletiva nas costas do perito não parece razoável, tanto quanto não o é simplesmente afastar no caso concreto o tratamento diferenciado dispensado pela lei. Daí por que sempre entendi que em casos como esse a gratuidade deva ser mantida e o ônus do adiantamento das verbas periciais ser arcado pelo Estado.

Nesse sentido, inclusive, o Estado, sempre que possível, poderá fornecer o trabalho pericial por meio de seus órgãos especializados na matéria, somente sendo exigido o trabalho de peritos privados se não houver no caso concreto outra possibilidade[8].

Basta imaginar um convênio do Poder Judiciário com as Universidades públicas, que poderiam oferecer conhecimento suficiente para cobrir praticamente

[6] Informativo 411/STJ, 2ª Turma, REsp 891.743/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 13.10.2009.

[7] REsp 891.743/SP, Recurso Especial 2006/0213263-0, 2ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, j. 13.10.2009, *DJe* 04.11.2009; STJ, 1ª Turma, REsp 733.456/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 20.09.2007, *DJ* 22.10.2007.

[8] STJ, 2ª Turma, REsp 935.470/MG, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 24.08.2010, *DJe* 30.09.2010.

todas as perícias exigidas nas demandas coletivas. Os professores de cada matéria, com alunos do último ano, por exemplo, poderiam realizar uma perícia judicial como trabalho de conclusão de curso ou algo assemelhado, com proveito a todos: os estudantes ganhariam experiência e seriam aprovados em seus cursos; o Estado não precisaria desembolsar dinheiro para pagar a perícia; o processo certamente ganharia uma perícia de qualidade técnica insuspeita, em razão da excelência dos professores e alunos.

De qualquer forma, entendia que por vias equivocadas chegava-se a uma conclusão aceitável no tocante ao adiantamento dos honorários periciais nas ações coletivas. O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, modificou seu entendimento, passando a decidir que a lei deve ser aplicada, inclusive em sua interpretação literal, de modo a ser impossível exigir do autor o adiantamento dos honorários periciais[9].

Reforçando o entendimento de que o réu não pode ser obrigado a arcar com o adiantamento dos honorários periciais e que também não cabe ao autor o adiantamento de tal verba, o Superior Tribunal de Justiça, apesar de amparado em premissas corretas, conclui pelo impasse que só poderá ser resolvido com o sacrifício do perito. Apesar de ser dever a prestação do serviço pericial em juízo, e não apenas uma faculdade, exigir a prestação do serviço nessas condições afronta qualquer regra de razoabilidade.

Outra solução possível ao impasse, inclusive reconhecida por decisão do Superior Tribunal de Justiça, seria retirar o valor para o adiantamento das verbas sucumbenciais do Fundo de Direito Difusos – FDD, previsto no art. 13 da LACP[10]. O dinheiro, portanto, seria retirado do FDD e entregue ao perito para a elaboração de seu trabalho, sendo o retorno desse dinheiro ao FDD determinado pelo resultado do processo.

Sendo o pedido julgado procedente, os réus serão condenados ao pagamento das custas e despesas processuais, no que estão incluídos os honorários periciais, de forma que o dinheiro retornará (ao menos potencialmente) ao FDD. Por outro lado, sendo o pedido julgado improcedente ou havendo extinção do processo sem a resolução do mérito, o FDD arcará definitivamente com o prejuízo.

Entendo que as divergências a respeito do tema ora enfrentado poderiam ser superadas se fosse – como acredito que deva ser – aplicado o art. 95 do CPC ao processo coletivo. Nos termos do § 3º do dispositivo legal supra referido, quando o pagamento da perícia for de responsabilidade de beneficiário de gratuidade da justiça, ela poderá ser custeada com recursos alocados no orçamento do ente público e realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado, ou paga com recursos alocados no orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal, no caso de ser realizada por particular, hipótese em que

[9] STJ, 1ª Seção, EResp 733.456/SP, rel. Min. Humberto Martins, j. 24.02.2010, *DJe* 29.04.2011.

[10] STJ, 2ª Turma, RMS 30.812/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 04.03.2010, *DJe* 18.03.2010.

o valor será fixado conforme tabela do tribunal respectivo ou, em caso de sua omissão, do Conselho Nacional de Justiça.

Sendo o beneficiário da gratuidade o vencedor da demanda, cabe ao vencido ressarcir o Estado pelas despesas arcadas por ele na realização da perícia. Como não houve adiantamento de valores pelo beneficiário da assistência judiciária, ele não terá legitimidade para pedir essa condenação. Diante dessa realidade, o § 4º do art. 95 do CPC determina que com o trânsito em julgado o juízo oficiará a Fazenda Pública para que ela proceda a cobrança dos valores dispendidos, o que será feito pela via executiva (cumprimento) em razão da existência de título executivo judicial. Trata-se de excepcional legitimidade ativa executiva da Fazenda Pública.

O § 5º do dispositivo ora comentado é claro ao vedar a utilização de recursos do fundo de custeio da Defensoria Pública para os fins previstos no § 3º, o que deve ser interpretado por analogia para o processo coletivo e o FDD.

O Superior Tribunal de Justiça, decidindo especificamente para a hipótese de o Ministério Público ser o autor da ação civil pública, criou precedente vinculante no sentido de se aplicar por analogia o disposto na Súmula 232/STJ, de forma que caberá à Fazenda Pública ao qual se acha vinculado o Parquet arque com tais despesas[11]. E o tribunal já entendeu também que esse entendimento deve ser mantido mesmo com o advento do Código de Processo Civil de 2015[12].

19.3. CONDENAÇÃO EM VERBAS DE SUCUMBÊNCIA

Conforme analisado no item anterior, os autores da ação coletiva têm em seu favor a dispensa do adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, regra que não se confunde com a isenção concernente à condenação em verbas de sucumbência, consagrada nos arts. 87 do CDC e 17 e 18 da LACP. No primeiro caso, a isenção é para adiantamento durante o processo para a prática de atos processuais, enquanto no segundo a isenção diz respeito a condenação ao final do processo nas verbas de sucumbência, na hipótese de sentença de improcedência ou terminativa.

Segundo previsão do art. 87, *caput*, do CDC, a associação autora só será condenada ao pagamento de honorários de advogados, custas e despesas processuais quando for comprovada má-fé. A mesma regra é repetida no art. 18 da LACP. No art. 87, parágrafo único, do CDC e art. 17 da LACP, há previsão de que, constatada a má-fé da associação autora, além da condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, também será condenada ao pagamento do décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

[11] STJ, 1ª Seção, REsp 1.253.844/SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 13/03/2013, DJe 17/10/2013, tema repetitivo 510.

[12] STJ, 1ª Turma, RMS 59.927/SP, rel. Min. Sérgio Kukina, rel p/ acórdão Min. Regina Helena Costa, j. 11/04/2019, DJe 21/05/2019.

Como se pode notar, há repetição desnecessária entre as regras existentes no núcleo duro do microssistema coletivo, que podem ser assim resumidas: sendo sucumbente a associação autora e não demonstrada a má-fé na propositura da ação, não há condenação em honorários advocatícios, custas e despesas processuais; comprovada a má-fé, a associação autora e os dirigentes responsáveis pela propositura da ação serão condenados ao pagamento dessas verbas, apenados com o pagamento do décuplo das custas, e ainda poderão responder por perdas e danos.

A justificativa para as consequências previstas em lei diante de ação coletiva proposta com má-fé é evidente, considerando-se que a intenção do legislador é evitar o desvirtuamento de tais ações, já que nesse caso o interesse público ficaria duplamente desservido: a ação civil pública se prestaria para fins escusos ou valores subalternos, permanecendo desprotegido o interesse metaindividual que deveria ser o *leitmotiv* da ação[13].

A condenação em razão de má-fé deve ser bem entendida, pois, aplicada indistintamente, poderá afastar autores das ações coletivas, o que deve ser sempre analisado com extremo cuidado.

Existe corrente doutrinária que defende que a propositura de lide temerária, por autor que não tenha tomado cuidados medianos para a propositura da ação já deve ser considerada como propositura com má-fé, passível da sanção processual[14]. A primitiva redação do art. 17, *caput*, da LACP, inclusive, previa a "pretensão manifestamente infundada" como causa para a aplicação da sanção.

Não parece ser a solução mais adequada, até porque a má-fé exigida pelos dispositivos legais ora analisados parece se referir à atitude objetivamente pensada de utilização da ação coletiva com o único e exclusivo objetivo de gerar um prejuízo injustificado ao réu. O dolo, portanto, afigura-se indispensável. O que se pune é o autor doloso, e não o desidioso ou ignorante, que, mesmo sem qualquer objetivo escuso, ingressa com ação coletiva sem nenhuma possibilidade de ter seu pedido acolhido. Nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça[15].

Questão interessante diz respeito à abrangência dos dispositivos legais mencionados, porquanto neles existe apenas a previsão de isenção da associação autora no pagamento das verbas sucumbenciais. E os demais autores, também gozariam do mesmo direito?

Para parcela doutrinária a isenção só aproveita à associação, por expressa previsão legal, e aos sindicatos e às corporações semelhantes, por aplicação extensiva[16]. Por outro lado, há corrente doutrinária que defende ser a regra aplicável

[13] Mancuso, Ação civil pública, p. 362.
[14] Mancuso, Ação civil pública, pp. 365-366; Araújo Filho, Comentários, p. 105.
[15] STJ, 1ª Turma, REsp 152.447/MG, rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 28.08.2001, *DJ* 25.02.2002, p. 203.
[16] Mazzilli, A defesa, p. 622.

a todo e qualquer legitimado ativo[17]. Parece ser esse também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça[18], que se mostra mais razoável diante do princípio da isonomia, que deve nortear tanto as isenções como as sanções previstas nos arts. 87, *caput*, do CDC e 17 da LACP.

Note-se mais uma vez que a regra de isenção do pagamento das verbas de sucumbência, excepcionada a hipótese de má-fé, tem como justificativa incentivar a propositura de ações coletivas, de forma que só deve ser aplicada aos autores. Sendo julgado o processo procedente, caberá normalmente a condenação do réu ao pagamento de todas as verbas de sucumbência.

No tocante ao afirmado, surge uma interessante hipótese quando o autor é o Ministério Público. Nesse caso, também caberia a condenação do réu ao pagamento dos honorários advocatícios, quando a capacidade postulatória no caso concreto não decorre de atuação de advogado na demanda, mas de um promotor de justiça?

Segundo parcela da doutrina, a condenação seria vedada com base em diferentes argumentos: (a) o art. 22 da Lei 8.906/1994 (Estatuto da OAB), prevê que os honorários advocatícios, fixados em decorrência da sucumbência, constituem direito autônomo do advogado; (b) os promotores de justiça não desempenham atividade de advocacia em sua atuação; (c) o custo social da atuação do Ministério Público em defesa dos interessados da coletividade não é pago pelas custas do processo, e sim pelos impostos gerais suportados pela população[19]. No mesmo sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça[20].

Entendo plenamente as razões para que não haja condenação nesse caso, em especial à luz das previsões constantes no Estatuto da OAB e que regulamentam o FDD (Fundo de Direito Difusos). *De lege ferenda*, entretanto, seria interessante a previsão expressa no sentido de condenação do réu ao pagamento dos honorários advocatícios em favor do FDD, o que em última análise aproveitaria a toda a coletividade ofendida pelo ato praticado pelo réu sucumbente.

[17] Watanabe, Código, p. 122; Nery Jr., Código, p. 259; Didier Jr.-Zaneti Jr., Curso, p. 335; Andrade-Masson-Andrade, Interesses, p. 247; Araújo Filho, Comentários, p. 102.
[18] STJ, 1ª Turma, AgRg nos EDcl no REsp 1.120.390/PE, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 28.09.2010, *DJe* 22.11.2010.
[19] Mazzilli, A defesa, p. 627; Gajardoni, Direitos II, p. 98.
[20] STJ, 2ª Turma, REsp 1.420.691/RJ, rel. Min. Eliana Calmon, j. 05/12/2013, *DJe* 13/12/2013.

20

INQUÉRITO CIVIL

Sumário: 20.1. Introdução – 20.2. Natureza jurídica do inquérito civil: 20.2.1. Introdução; 20.2.2. Legitimação exclusiva do Ministério Público; 20.2.3. Facultatividade; 20.2.4. Formalidade restrita (inquisitoriedade) – o problema do contraditório; 20.2.5. Publicidade mitigada; 20.2.6. Autoexecutoriedade – 20.3. Procedimento preparatório – 20.4. Procedimento: 20.4.1. Introdução; 20.4.2. Instauração; 20.4.3. Indeferimento do requerimento de instauração do inquérito civil; 20.4.4. Instrução; 20.4.5. Audiência pública; 20.4.6. Arquivamento; 20.4.7. Recomendações; 20.5. A importância da aproximação entre o inquérito civil e as cautelares probatórias – o valor e a carga da prova produzida.

20.1. INTRODUÇÃO

O inquérito civil encontra-se previsto expressamente no art. 8º, § 1º, da Lei 7.347/1985. Tal dispositivo prevê, sem maiores especificações, a possibilidade de o Ministério Público instaurar, sob sua presidência, o inquérito civil. A importância do instituto pode ser sentida por sua previsão também constitucional no art. 129, III, da CF, como uma das funções institucionais do Ministério Público. E também pela previsão em outros diplomas legais, tais como nos arts. 90 do CDC, 6º da Lei 7.853/1989, 201, V, do ECA, 25, IV, da Lei 8.625/1993 (LONMP) e 7º, I, da Lei Complementar Federal 75/1993 (LOMPU).

Além da legislação a respeito do tema, é importante considerar a Resolução 23/2007 do CNMP (com posteriores mudanças e complementos pelas Resoluções 35/2009 e 59/2010, do mesmo CNMP), ao tratar de importantes aspectos procedimentais do inquérito civil.

Segundo correta doutrina, o inquérito civil tem duas funções principais: (a) colher previamente informações que permitam uma adequada propositura da ação coletiva, evitando-se assim demandas infundas ou temerárias; e (b) funcionar como instrumento de composição extrajudicial do conflito, o que evitará

os custos e desgastes de uma ação judiciária[1]. Quanto a essa segunda função, é natural que, em poder de provas a respeito dos fatos investigados, as partes tenham mais subsídios para uma composição amigável[2].

20.2. NATUREZA JURÍDICA DO INQUÉRITO CIVIL

20.2.1. Introdução

Há na doutrina uma forte tendência a definir o inquérito civil como uma investigação prévia de natureza administrativa, presidida pelo Ministério Público, com o objetivo principal de angariar elementos de convicção para a verificação de eventual cabimento de ação civil pública[3]. Enquanto a doutrina majoritária entende tratar-se de procedimento administrativo em razão da dispensa do contraditório[4], conforme será devidamente analisado no item 20.2.4 deste Capítulo, há doutrina minoritária que defende a natureza de processo administrativo[5].

Os doutrinadores que se preocuparam em definir a natureza jurídica do inquérito civil seguiram o mesmo rumo das definições já apresentadas, com pequenas variações que não são dignas de nota. Da natureza jurídica do instituto, portanto, é possível individualizar alguns elementos presentes em praticamente todas as definições: (a) exclusividade de sua titularidade nas mãos do Ministério Público; (b) facultatividade; (c) inquisitoriedade (formalidade restrita); (d) publicidade mitigada; (e) autoexecutoriedade.

20.2.2. Legitimação exclusiva do Ministério Público

A primeira característica tirada do conceito de inquérito civil é a exclusividade de sua titularidade, considerando-se que apenas o Ministério Público poderá instaurá-lo e conduzi-lo. Nesse tocante, há interessante discrepância entre os legitimados a propor a ação civil pública e o inquérito civil, sendo nitidamente mais limitado o segundo campo de legitimação. Apesar da pluralidade de sujeitos que recebem da lei expressamente a legitimação para propor a ação civil pública (art. 5º da Lei 7.347/1985 e art. 82 da Lei 8.078/1990), conforme devidamente analisado no item 8.2, somente ao Ministério Público caberão a instauração e a condução do inquérito civil (art. 8º, § 1º, da Lei 7.347/1985)[6].

É justificável a exclusividade em razão do poder investigativo que o Ministério Público possui em consequência de suas funções institucionais, o que falta

[1] Leonel, Manual, p. 311; Fink, Alternativa, pp. 113-114; Gajardoni, Direitos, pp. 61-62.
[2] Neves, Ações probatórias, pp. 434-439.
[3] Mazzilli, Inquérito, p. 53; Cruz e Tucci, Código, p. 32; Leonel, Manual, p. 313.
[4] Nery-Nery, Código, p. 1.457; Souza, Ação civil, p. 189; Mazzilli, A defesa, p. 474; Carvalho Filho, Ação, pp. 266-267.
[5] Scarpinella, Curso, p. 214.
[6] Ferraresi, Comentários, p. 445; Souza, Ação, p. 189; Almelda, Aspectos, p. 178.

aos outros legitimados para a propositura da ação civil pública, e que impediria um desenvolvimento eficaz da fase de instrução do inquérito civil[7]. É forçoso concluir que a efetividade do inquérito civil depende em grande monta do reconhecimento de tal poder, e sua existência foi certamente o principal motivo para a exclusividade de titularidade nas mãos do Ministério Público.

Pretendendo a instauração do inquérito civil, os outros legitimados à propositura da ação civil pública poderão provocar a atividade do Ministério Público por meio de representação, que, entretanto, poderá se negar a instaurá-lo, desde que de forma fundamentada e pelas razões legais, nos termos do art. 5º, *caput*, da Resolução 23/2007 do CNMP. Aqui, entretanto, não há qualquer particularidade ou limitação no tocante a essa provocação, que pode ser feita até mesmo por sujeito que não é legitimado à propositura da ação civil pública, nos termos do art. 2º, II, da Resolução 23/2007 do CNMP.

Não havendo possibilidade de outros legitimados ativos nas ações coletivas instaurarem o inquérito civil, e negando-se o Ministério Público a fazêlo, deverão tais legitimados, se pretenderem perseguir o mesmo objetivo, se valer de outros instrumentos legais. Em meu entender, deverão ingressar com um processo cautelar probatório, preparando-se no aspecto fático-probatório para eventual ingresso da ação coletiva ou ainda para a realização de uma transação que o evite.

20.2.3. Facultatividade

A facultatividade também se encontra como característica do inquérito civil em rigorosamente todas as definições sobre o instituto, compreendendose dispensável a instauração de tal procedimento para a propositura da ação civil pública. Nesse sentido, é tranquila a doutrina[8] e pacificada a jurisprudência[9].

Esse entendimento é certamente o único possível, sob pena de, condicionando-se a propositura da ação civil pública à instauração prévia do inquérito civil, e não dando legitimidade ao colegitimados à propositura da ação, centralizar a legitimação da ação civil pública nas mãos do Ministério Público. Se não fosse possível a propositura da ação sem o inquérito civil, e se este só pudesse ser instaurado pelo Ministério Público, os colegitimados dependeriam sempre de atuação do órgão ministerial para poder ingressar com a competente ação civil pública, o que evidentemente seria um absurdo injustificado.

Havendo elementos suficientes para a direta propositura da demanda judicial, não há qualquer razão para se obrigar o Ministério Público e as partes interessadas a enfrentar anteriormente um inquérito civil, o que inclusive poderá

[7] Gajardoni, Direito, p. 63;
[8] Luis Roberto Proença, Inquérito civil, p. 34; José Luiz Mônaco da Silva, Inquérito civil, pp. 55-56; Adriano Perácio de Paula, Aspectos da ação civil pública em matéria de consumo, p. 104; Vigliar, p. 94.
[9] STJ, 1ª Turma, REsp 1.119.568/PR, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 02.09.2010, *DJe* 23.092010; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.066.838/SC, rel. Min. Herman Benjamin, j. 07.10.2010, *DJe* 04.02.2011.

se mostrar prejudicial à defesa do direito que se pretende tutelar. Afinal, quanto mais célere for a tutela do direito coletivo *lato sensu* melhor, e o inquérito civil é mais uma etapa para a obtenção desse objetivo.

Registre-se mais uma vez que o colhimento de elementos para a propositura da ação civil pública não é o único objetivo do inquérito civil, que também serve para otimizar a celebração de termos de ajustamento de conduta. Poder-se-ia, portanto, afirmar que, ainda que em poder de todos os elementos necessários à propositura da ação civil pública, o Ministério Público poderia instaurar o inquérito civil com a exclusiva missão de tentar a celebração de um termo de ajustamento de conduta. Nesse caso, entretanto, não será necessária a instauração de um inquérito civil, o que não dispensa no caso concreto uma convocação à parte interessada com o fito exclusivo de transacionar e evitar a ação judicial.

Também vale o registro de parcela da doutrina no sentido de a dispensa do inquérito civil ser motivada pela urgência, o que exigirá do Ministério Público a imediata tomada de medidas judiciais, seja com a propositura de ação cautelar antecedente ou pedido incidental de tutela antecipada ou cautelar na própria ação coletiva[10]. Como a atividade desenvolvida pelo Ministério Público no inquérito civil é meramente instrutória, havendo a necessidade de adoção urgente de medidas de constrição de bens ou de restrição de direitos, o mais adequado é dispensar a fase prévia que seria instaurada com o inquérito civil e partir diretamente para a ação judicial.

Importante por fim ressaltar que, apesar de o Ministério Público poder adotar medidas investigativas sem a instauração formal do inquérito civil, por meio de requisições e notificações[11], será sempre interessante tal instauração se as questões a serem apuradas puderem ensejar a propositura da ação civil pública. Evitar-se-ão, dessa forma, futuras alegações de nulidade dos atos praticados, considerando-se que o inquérito civil é dotado de especial eficácia jurídica[12].

20.2.4. Formalidade restrita (inquisitoriedade) – o problema do contraditório

Também a formalidade restrita é encontrada com frequência nas conceituações de inquérito civil, com a justificativa de que a formalidade típica do processo judicial não se coaduna com a agilidade esperada de um procedimento investigativo. Percebe-se que na defesa de uma formalidade restrita não se está afastando apenas os formalismos exagerados e injustificados, que mesmo presentes em leis processuais são criticados pela melhor doutrina processual e até mesmo têm sua aplicação rejeitada na praxe forense à luz do princípio da

[10] Mazzilli, Pontos controvertidos sobre o inquérito civil, p. 313.

[11] STJ, 1ª Turma, REsp 873.565/MG, rel. Min. Francisco Falcão, j. 05.06.2007, *DJ* 28.06.2007, p. 880. Contra: Andrade-Masson-Andrade, Interesses, 2.8.1.1, p. 151.

[12] Mazzili, O inquérito civil, p. 182; Vigliar, Ação, p. 95.

instrumentalidade das formas. A proposta é algo ainda mais informal, sem nem mesmo as regras básicas e necessárias que norteiam o processo jurisdicional[13].

Decorrência principal desse afastamento das formas mínimas previstas para os processos judiciais, fruto da própria natureza inquisitória do inquérito civil, seria a dispensa do contraditório e da ampla defesa. Segundo doutrina majoritária, por não se tratar o inquérito civil de processo judicial, considerando-se que nele não há acusado e dele não é possível se chegar a qualquer sanção a ser aplicada aos envolvidos, deve ser tratado como mero procedimento administrativo, o que permite a não aplicação do princípio constitucionalmente garantido do contraditório (art. 5º, LV, da CF)[14].

Em posição antagônica, registre-se a existência de posição doutrinária minoritária, que não concorda com a exclusão do contraditório do inquérito civil, defendendo que, por se tratar de procedimento preparatório à instauração de processo judicial (ação civil pública), o investigado e eventual réu de tal processo têm o direito constitucional de ser informado e participar ativamente do desenvolvimento procedimental do inquérito civil. Para essa corrente doutrinária, sem a observância do contraditório, haverá um vício insanável em tal procedimento, maculando-o de forma definitiva, o que enseja até mesmo a extinção da ação civil pública sem o julgamento de seu mérito por ausência de pressuposto processual (art. 485, IV, do CPC), consequência necessária para a demanda judicial baseada em inquérito civil desenvolvido em desrespeito ao contraditório[15].

Também existe uma posição intermediária que parece ser a mais sensata e que, por tal razão, deve prevalecer. Para os defensores dessa posição, o contraditório no inquérito civil é dispensável, mas não haverá qualquer empecilho no caso concreto se ele se verificar, com a permissão do presidente do inquérito na participação plena e efetiva dos envolvidos nos atos de produção da prova[16]. A limitação, portanto, ficaria somente por conta de atos que não podem ser conhecidos previamente pela parte investigada, sob pena de tal ciência tornar ineficaz a medida que se pretende adotar.

O Supremo Tribunal Federal tem entendimento consolidado no sentido de ser dispensável o contraditório no inquérito civil em razão de sua natureza meramente informativa, voltada apenas à investigação e verificação de fatos por meio da colheita de provas[17]. No mesmo sentido também o entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça[18].

[13] Alonso Jr., A valoração, p. 293, Souza, Ação, p. 190; STJ, 2ª Turma, RMS 11.537/MA, rel. Min. Eliana Calmon, j. 06.02.2001, DJ 29.10.2001, p. 190.

[14] Proença, Inquérito, p. 35; Leonel, Manual, pp. 320-321; Mônaco da Silva, Inquérito, pp. 57-58; Vigliar, Ação, p. 96; Nery Jr., Princípios, p. 137.

[15] Lauria Tucci, Ação, pp. 83-84; Antunes, O inquérito, p. 712; Fiore, O contraditório, p. 42.

[16] Milaré, Ação, pp. 187-188; Mazzili, Inquérito, pp. 244-245, Ferraresi, Comentários, p. 447.

[17] STF, 1ª Turma, RE 481.955 EDcl/PR, rel. Min. Carmen Lucia, j. 10.05.2011, *DJe* 26.05.2011.

[18] STJ, 5ª Turma, HC 175.596/MG, rel. Min. Laurita Vaz, j. 27/11/2012, *DJe* 05/12/2012.

20.2.5. Publicidade mitigada

Alguns doutrinadores apontam para a existência de uma publicidade mitigada, que dependendo do caso concreto – em situações excepcionais – poderá impedir o acesso aos autos e atos do inquérito civil até mesmo do patrono constituído pelo investigado, sempre que sobre eles paire sigilo legal ou por necessidade da própria investigação, em aplicação extensiva do art. 20 do CPP[19]. Nesse sentido também o art. 7º, *caput*, da Resolução 23/2007 do CNMP.

A regra, entretanto, é a publicidade, em razão de sua natureza oficial de procedimento estatal, devendo o inquérito civil ser regido pelo princípio constitucional da publicidade (art. 37, da CF). Confirmando tal realidade o art. 7º, *caput*, da Resolução 23/2007 do CNMP prevê expressamente como regra a publicidade, consignando de forma clara que sua ausência é circunstância excepcional. Há, inclusive, no art. 7º, § 4º, da referida resolução a exigência de que a decisão que mitiga ou exclui a publicidade seja devidamente fundamentada, podendo atingir somente determinadas pessoas, provas, informações, dados, períodos ou fases.

E o acesso do investigado às provas produzidas no inquérito civil deve ser regido pelo entendimento aprovado na Súmula Vinculante 14: "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa".

No tocante à produção da prova, a publicidade mitigada também gerará importantes reflexos práticos, considerando-se que um eventual segredo absoluto na produção da prova pelo Ministério Público obviamente alijará o interessado do exercício de qualquer contraditório, por mínimo que seja. Por vezes, esse sacrifício é até mesmo justificável, em virtude da possível ineficácia da medida se o interessado tomar diretamente parte das investigações a respeito dos fatos. É evidente que, no momento em que as provas produzidas passam a instruir a ação civil pública, o réu terá amplo acesso a elas, ainda que a demanda tramite em "segredo de justiça" (art. 189 do CPC), que na verdade de segredo não tem nada, tratando-se mesmo de uma publicidade mitigada. Contudo, nesse caso, o segredo é exigido na produção da prova, justamente para evitar seu comprometimento, de forma que, depois de produzida, não parece haver qualquer empecilho ao acesso do investigado.

Essa questão do segredo de justiça, inclusive, poderá ter importância para o inquérito civil na medida em que se verificarem as hipóteses previstas pelo novo diploma processual em seu art. 189 no caso concreto. Nesse sentido, acredito ser dever do Ministério Público mitigar a publicidade do inquérito, permitindo a participação e acesso aos atos praticados tão somente aos interessados e seus patronos. É notório que a publicidade de um inquérito civil abusivo pode gerar danos significativos na imagem de uma pessoa, daí o cuidado a ser exigido

[19] Proença, Inquérito, pp. 39-40.

nessas hipóteses. O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de referendar negativa de acesso aos autos de inquérito civil por terceiro totalmente desinteressado, preservando dessa forma os investigados[20].

De qualquer forma, pelo menos nessas circunstâncias, o interessado continuará a participar do procedimento ativamente, não havendo qualquer mácula ao princípio do contraditório, exatamente como ocorre em processos judiciais que tramitam em segredo de justiça.

Conclusivamente, é possível afirmar que a publicidade deve ser mitigada somente quando houver suficientes razões para tanto, sendo justificável apenas quando o acesso aos atos sacrificar ou criar sérios empecilhos à investigação ou ainda envolver dados ou informações sigilosas relacionadas a terceiros. Exceto essas hipóteses, não tem qualquer sentido a adoção do sigilo[21]. Nesse tocante, registre-se interessante decisão do Superior Tribunal de Justiça, que, fundamentada na Súmula Vinculante 14/STF, decide que o livre acesso aos autos do inquérito não pode ser autorizado pela autoridade investigante quando os dados pretendidos pertencerem a outro investigado ou as diligências em curso forem sigilosas a terceiros[22].

20.2.6. Autoexecutoriedade

O último aspecto lembrado pela doutrina diz respeito à autoexecutoriedade do inquérito civil, considerando-se que o Ministério Público não tem necessidade de contar com outros órgãos, em especial o Poder Judiciário, para realizar os atos necessários à condução do procedimento investigativo. Seu poder investigativo autônomo estaria representado no poder de requisição de documentos, certidões e informações, realização de exames e perícias, colhimento de depoimentos etc.

Sendo essa a regra geral, importante lembrar que em alguns casos específicos se faz necessária a intervenção do Poder Judiciário para que determinações do presidente do inquérito civil sejam efetivamente cumpridas e assim se obtenha o resultado almejado, conforme devidamente analisado no item 20.4.4 deste Capítulo.

O membro do Ministério Público que preside o inquérito civil atua de forma assemelhada a um magistrado em um processo judicial, em especial no tocante à colheita da prova. Portanto, será ele o responsável por dirigir a audiência na qual será tomado o depoimento de testemunhas ou dos próprios interessados, por conduzir os trabalhos periciais a serem realizados e por formar a prova documental. Nesses termos, haverá uma aproximação da pessoa do promotor público da do juiz de direito em suas atuações funcionais.

[20] STJ, 1ª Turma, RMS 28.989/RS, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 23.03.2010, *DJe* 26.08.2010.

[21] Ferraresi, Comentários, p. 447; Mazzilli, A defesa, p. 482.

[22] Informativo 485/STJ, 1ª Turma, RMS 31.747/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 11.10.2011.

20.3. PROCEDIMENTO PREPARATÓRIO

Nos termos do art. 2º, § 4º, da Resolução 23/2007 do CNMP, é possível a instauração de um procedimento preparatório do inquérito civil, que naturalmente o precederá. Segundo o dispositivo legal, chegando informações ao Ministério Público vindas de qualquer pessoa, servidor público ou mesmo órgão jurisdicional no exercício de suas funções sobre fatos que possam ensejar uma ação coletiva, o Ministério Público, antes de instaurar o inquérito civil, poderá instaurar um procedimento preparatório com o objetivo de colher mais informações a respeito do investigado e/ou do objeto da investigação.

Como ocorre na não dependência da ação coletiva do inquérito civil, o procedimento preparatório também não é providência prévia necessária à instauração do inquérito civil e mesmo para a propositura direta da ação coletiva. Significa que, se o Ministério Público entender que as informações prestadas já são suficientes para a instauração do inquérito civil, será dispensado o procedimento preparatório, o mesmo ocorrendo quando o Ministério Público entender que já existem as condições necessárias para a propositura imediata da ação coletiva.

O prazo para a conclusão do procedimento preparatório é de 90 (noventa) dias, sendo prorrogável por igual prazo por apenas uma vez, desde que por motivo justificável, nos termos do art. 2º, § 6º, da Resolução 23/2007 do CNMP. Vencido o prazo, o mesmo artigo, em seu § 7º, prevê que o membro do Ministério Público deverá promover o arquivamento do procedimento preparatório, convertê-lo em inquérito civil ou propor a devida ação coletiva.

Apesar de o procedimento preparatório não se confundir com o inquérito civil, entendo que os poderes instrutórios do membro do Ministério Público que conduz a ambos são os mesmos, sendo totalmente aproveitáveis os comentários presentes no item 20.4.4. E nesse ponto reside a mais interessante crítica doutrinária ao procedimento preparatório: se este se presta à investigação, qual a razão de ser de uma investigação prévia à investigação?! Realmente, não parece razoável empreender uma investigação a respeito de um fato que definirá se haverá uma investigação sobre o mesmo fato[23].

Entendo que a distinção reside muito mais sob a ótica do investigado do que do investigador. A linha tênue que separa o procedimento preparatório do inquérito civil nem sempre se mostrará clara no caso concreto, e para o Ministério Público a definição jurídica da forma de investigação não deve gerar complicações, mas para o investigado parece ser preferível o procedimento preparatório ao inquérito civil. Ainda que se possa partir de um procedimento preparatório direto para a propositura da ação coletiva, sua simples existência, em vez do inquérito civil, mostra ao investigado que o Ministério Público ainda se encontra longe de recolher os elementos necessários à propositura da ação coletiva. Por

[23] Mazzilli, Inquérito, p. 164.

outro lado, ainda que psicologicamente, é melhor participar de um procedimento preparatório como investigado do que do já consagrado inquérito civil, que inclusive pode ser facilmente confundido por leigos com inquérito policial.

20.4. PROCEDIMENTO

20.4.1. Introdução

Como as leis que preveem o inquérito civil não dispõem de forma exauriente a respeito de seu procedimento, o Ministério Público, sentindo a necessidade de uma uniformização procedimental, e sem lei que cumpra tal papel, criou, por meio do Conselho Nacional do Ministério Público, uma resolução a respeito. Ainda que haja fundadas e compreensíveis críticas[24] ao modo como o procedimento foi criado – resolução e não lei –, a Resolução 23 do CNMP, de 17 de setembro de 2007, com alterações realizadas pela Resolução 35, de 23 de março de 2009, e pela Resolução 59, de 27 de julho de 2010, é imprescindível no estudo do procedimento do inquérito civil.

Antes propriamente de analisar o procedimento previsto pela Resolução 23/2007 do CNMP, é importante não se deixar impressionar por seus artigos iniciais, em especial no tocante a amplitude de cabimento de tal procedimento investigativo. O art. 1º, tanto em seu *caput* como em seu parágrafo único, prevê que o inquérito civil serve como preparação para o exercício das atribuições inerentes às funções institucionais do Ministério Público, sem qualquer menção à tutela coletiva e às ações e medidas correspondentes a essa espécie de tutela.

É óbvio que a tutela coletiva está inserida nas funções institucionais do Ministério Público, mas o problema da redação ampla e genérica do dispositivo ora comentado é concluir que o inquérito civil pode ser instaurado na tutela individual, desde que dentro das finalidades institucionais do *parquet*. Há doutrina, inclusive, que defende essa teoria ampliativa[25]. Prefiro, entretanto, corrente doutrinária que conclui em sentido inverso, limitando a existência do inquérito civil à tutela coletiva[26].

A própria Resolução 23/2007 do CNMP "se trai" em alguns dispositivos legais, fazendo a correlação entre inquérito civil e procedimento preparatório e a ação civil pública. Assim, o art. 2º, § 4º, que, ao prever as condições para a instauração do procedimento preparatório, faz expressa menção aos arts. 6º e 7º da Lei 7.347/1985. Da mesma forma, o art. 2º, § 7º, que, ao prever as condutas do membro do Ministério Público que conduziu o procedimento preparatório, dispõe como medida judicial exclusivamente a ação civil pública. O art. 3º, ao

[24] Gajardoni, Direitos II, p. 63.

[25] Mazzili, Inquérito, p. 126; Didier-Zaneti, Curso, p. 220.

[26] Nery-Nery, Código, p. 1.458; Gajardoni, Direitos, v. II, p. 62; Andrade-Masson-Andrade, Interesses, p. 149; Almeida, Aspectos, 6.2, p. 176.

prever a competência para a instauração do procedimento preparatório e inquérito civil, correlaciona-a com a competência para o ingresso de ação civil pública. Há também expressa menção a "ação civil pública" no art. 12, parágrafo único, e art. 13.

E, ainda que não houvesse tantas e repetidas menções à ação civil pública na Resolução 23/2007 do CNMP, o inquérito civil tem previsão legal tão somente em ações coletivas, não sendo legítima a ampliação de seu cabimento por meio de resolução. Ademais, o art. 129, III, da CF faz expressa menção ao inquérito civil e à ação civil pública na tutela de direitos difusos e coletivos.

20.4.2. Instauração

São variados os sujeitos que podem provocar a instauração do inquérito civil, o que se mostra extremamente positivo em termos de amplitude das fontes de provocação para o único legitimado a instaurar o procedimento investigativo ora analisado.

Segundo o art. 2º, I, da Resolução 23/2007 do CNMP, o Ministério Público pode instaurar o inquérito civil de ofício. Para tanto, o membro do Ministério Público que assim procede deve estar investido da atribuição que legitime tal conduta. Deve nesse caso ser respeitada a regra consagrada no art. 3º, *caput*, da Resolução 23/2007 do CNMP, que atrela a atribuição para a instauração do inquérito civil à atribuição para a propositura da ação civil pública. Caso não seja sua atribuição, o membro do Ministério Público deverá cientificar o membro que a tenha, nos termos do art. 2º, II e § 1º, da Resolução 23/2007 do CNMP.

A instauração por iniciativa do Procurador-Geral de Justiça, do Conselho Superior do Ministério Público, das Câmaras de Coordenação e Revisão e dos demais órgãos superiores da Instituição, prevista pelo art. 2º, III, da Resolução 23/2007 do CNMP, é um pouco diferente da instauração de ofício provocada por membro do Ministério Público que recebe os autos de membro que não tenha atribuição para tanto. No primeiro caso, existirá uma designação do órgão superior, não havendo postura possível ao membro do Ministério Público que não a instauração do inquérito civil, enquanto no segundo caso, sem a verticalidade entre o membro que cientifica e o que recebe a cientificação, é possível a não instauração.

Por fim, o art. 2º, II, da Resolução 23/2007 do CNMP prevê que qualquer pessoa ou autoridade podem provocar o Ministério Público à instauração de inquérito civil, prevendo também o dispositivo alguns requisitos formais: informações sobre o fato e seu provável autor, bem como a qualificação mínima que permita sua identificação e localização. Tais informações, entretanto, podem ser relevadas quando se mostrarem notórias ou de difícil acesso à pessoa que pede a instauração do inquérito civil, sendo nesse caso provavelmente mais adequada a instauração de um procedimento preparatório para a obtenção dessas informações

mínimas. O § 2º do artigo comentado corrobora tal conclusão ao prever que a mera falta de formalidade exigida em lei não é o suficiente para o indeferimento liminar do pedido.

Quanto à provocação anônima, entendo totalmente aplicáveis as considerações já elaboradas no item 3.5 quando comentada a denúncia apócrifa como instrumento hábil à instauração do procedimento administrativo previsto na Lei de Improbidade Administrativa. Em sentido próximo, o art. 2º, § 3º, da Resolução 23/2007 do CNMP, ao prever que a manifestação anônima será admitida desde que preenchidos os requisitos da lei.

O inquérito civil será sempre instaurado por portaria, que deverá respeitar os requisitos formais previstos pelos incisos do art. 4º da Resolução 23/2007 do CNMP: I – o fundamento legal que autoriza a ação do Ministério Público e a descrição do fato objeto do inquérito civil; II – o nome e a qualificação possível da pessoa jurídica e/ou física a quem o fato é atribuído; III – o nome e a qualificação possível do autor da representação, se for o caso; IV – a data e o local da instauração e a determinação de diligências iniciais; V – a designação do secretário, mediante termo de compromisso, quando couber; VI – a determinação de afixação da portaria no local de costume, bem como a de remessa de cópia para publicação.

Como o objeto da investigação já deve ser indicado na portaria de instauração do inquérito civil, e nem sempre as investigações se limitarão a tal objeto, considerando as informações que vão se obtendo durante o trâmite procedimental, o art. 4º, parágrafo único, da Resolução 23/2007 do CNMP prevê a possibilidade de aditamento da portaria inicial para investigação de fatos novos estranhos ao objeto inicialmente fixado ou ainda a extração de peças para a instauração de outro inquérito civil.

Parece que a escolha ficará a cargo do membro do Ministério Público responsável pelo inquérito civil, que fará no caso concreto um juízo de oportunidade e conveniência em tornar mais complexo e demorado o inquérito civil já em andamento ou criar um novo. Não haverá margem para a escolha, entretanto, se os fatos novos só puderem ser investigados por outro membro do Ministério Público em razão de suas atribuições, hipótese na qual a instauração de um novo inquérito civil será imprescindível.

20.4.3. Indeferimento do requerimento de instauração do inquérito civil

É natural que não exista indeferimento de requerimento para a instauração do inquérito civil quando não houver tal requerimento, o que ocorre na instauração de ofício pelo membro com atribuição para presidir o inquérito civil ou na designação de órgão superior do Ministério Público. O presente capítulo, portanto, só tem aplicabilidade prática quando o Ministério Público é provocado por terceiro ou quando membro do *parquet* sem atribuição cientifica outro membro para a instauração do inquérito.

Segundo o art. 5º, *caput*, da Resolução 23/2007 do CNMP, são três os motivos para o indeferimento ora analisado: (a) o requerimento manifestamente infundado, ou seja, quando os fatos narrados claramente não configurarem situação fático-jurídica a ser tutelada pelo Ministério Público; (b) os fatos já tiverem sido objeto de inquérito civil ou ação civil pública, hipótese na qual, apesar de contrariar a literalidade do dispositivo legal, também se incluem inquéritos civis e ações civis públicas ainda em trâmite; (c) a situação fática já tiver sido solucionada por meios judiciais ou extrajudiciais.

Foi feliz o dispositivo legal ora comentado em não prever a falta de atribuição como causa do indeferimento, porque nesse caso caberá ao membro do Ministério Público provocado remeter o requerimento inicial para o membro que tenha atribuição para a eventual instauração. Da mesma forma, irregularidades corrigíveis e vícios formais sanáveis não darão causa ao indeferimento, cabendo nesses casos provocação do representante para a devida correção e/ou emenda dentro de prazo razoável a ser fixado no caso concreto.

Ainda segundo o *caput*, do art. 5º, da Resolução 23/2007 do CNMP, o prazo máximo de indeferimento é de 30 dias. Apesar da correta e legítima preocupação da regra no tocante a celeridade no andamento do inquérito civil, e de não se tratar de prazo processual, não consigo deixar de imaginar que tal prazo será tratado como os prazos processuais impróprios. O condutor do inquérito civil, portanto, terá um tratamento assemelhado com o dispensado ao juiz no tocante a seus prazos. Afinal, vencido o prazo de 30 dias sem o indeferimento, qual seria a consequência? O indeferimento por perda de prazo seria contraproducente, considerando-se que o membro do Ministério Público nesse caso poderá instaurar de ofício o inquérito civil já no dia seguinte. A substituição do membro do Ministério Público serviria como um prêmio ao relapso, que saberia que se livraria do trabalho ao simplesmente deixar de se manifestar no prazo legal. Como se vê, não há o que fazer, salvo a aplicação de eventual punição administrativa ao membro do Ministério Público relapso.

Sendo dada ciência pessoal ao representante e representado, será cabível o recurso contra a decisão de indeferimento no prazo de 10 dias. Como não se trata de prazo processual, o termo inicial não é a juntada da informação de comunicação aos autos do inquérito civil, mas a data do recebimento de tal informação. Naturalmente o representado não terá interesse recursal, sendo o prazo, portanto, somente para o representante, que teve seu pedido indeferido. Na singular hipótese de indeferimento de provocação feita por um membro do Ministério Público a outro, entendo cabível o recurso pelo membro provocador.

Os §§ 2º e 3º do art. 5º da Resolução 23/2007 do CNMP têm interessantes informações a respeito do procedimento recursal. O recurso será apresentado junto ao órgão que indeferiu o pedido, que não tem competência para realizar juízo de admissibilidade recursal, mas pode reconsiderar sua decisão no prazo de 3 dias. Mais um prazo que, se for descumprido, não impedirá a atuação ministerial; no caso, reconsiderando sua decisão. Não havendo a retratação, o recurso

será encaminhado ao Conselho Superior do Ministério Público ou à Câmara de Coordenação e Revisão respectiva da instituição. Os interessados serão intimados para apresentação de contrarrazões, não dispondo o dispositivo legal a respeito de qual o órgão competente para tal intimação, tampouco qual o prazo de contrarrazões. Entendo que o próprio órgão que indeferiu o pedido deve proceder à intimação e que o prazo, em respeito ao princípio da isonomia, seja de 10 dias.

O § 4º do dispositivo legal ora analisado prevê que, expirado o prazo recursal sem a interposição do recurso, os autos serão arquivados na própria origem, mesmo sem a manifestação do representante. Acredito que o mesmo deva ocorrer na hipótese de rejeição do recurso, que poderá se dar tanto de forma terminativa como no mérito.

Por fim, o § 5º prevê que, sendo hipótese de atribuição originária do Procurador-Geral, caberá apenas pedido de reconsideração no prazo de 10 dias. O dispositivo parece ter como função não criar uma contradição entre a postura do Procurador-Geral e o Conselho Superior do Ministério Público, mas ainda assim seria recomendável, também nessa hipótese, o cabimento de recurso nos termos do art. 5º, § 2º, da Resolução 23/2007 do CNMP. O problema prático, nesse caso, seria exigir do Procurador-Geral a instauração do inquérito civil.

Registre-se que não existe qualquer recurso administrativo previsto em lei contra a decisão que defere a instauração do inquérito civil. Ainda que seja somente um procedimento investigativo, é natural que já seja capaz de gerar danos à pessoa do investigado, que, uma vez sentindo-se prejudicado com a instauração, poderá se socorrer do Poder Judiciário. O Superior Tribunal de Justiça vem determinando, de forma excepcional, o trancamento do inquérito civil quando comprovada, de plano, a atipicidade de conduta, causa extintiva da punibilidade ou ausência de indícios de autoria[27]. Há posição doutrinária que agrega a essas hipóteses também o excesso de prazo e a condução genérica da investigação, sem vínculo com seu objeto específico[28].

20.4.4. Instrução

Sendo a principal função do inquérito civil uma melhor compreensão sobre os fatos descritos na portaria que dá início ao procedimento investigativo, é natural que o membro que dirige o inquérito civil tenha poderes instrutórios, sem o que a própria razão de ser do inquérito civil seria sacrificada. E, para que chegue ao melhor resultado possível, também é inegável que o membro do Ministério Público possa produzir qualquer meio de prova. Nesse sentido, o art. 6º, § 2º, da Resolução 23/2007 do CNMP, ao prever que todos os meios de prova em direito serão admitidos durante a investigação.

[27] STJ, 1ª Turma, RMS 27.004/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 28.09.2010, *DJe* 13.10.2010; STJ, 2ª Turma, RMS 30.510/RJ, rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.12.2009, *DJe* 10.02.2010.

[28] Gajardoni, Direitos, v. II, p. 73.

Dessa forma, é amplamente viável a produção de prova oral, seja por meio da tomada de depoimento das pessoas diretamente afetadas pelos fatos investigados, como também a oitiva de testemunhas, que são terceiros que de alguma forma tenham presenciado os fatos e possam contribuir para seu esclarecimento. A Resolução 23/2007 do CNMP trata do tema em seu art. 6º, § 4º, limitando-se, entretanto, à previsão da forma de documentação da oitiva, que deverá ser tomada por termo e assinada pelos presentes, e, no caso de recusa do depoente, sua assinatura será substituída pela assinatura de duas testemunhas.

As provas orais se prestam exclusivamente ao esclarecimento dos fatos investigados, mas é plenamente admissível que durante o depoimento algum sujeito confirme voluntariamente fato contrário a seu interesse, verificando-se nesse caso uma confissão extrajudicial. Trata-se inegavelmente de meio de prova, nos termos do art. 389 do CPC. A questão de ser utilizável ou não na ação coletiva é tratada no item 20.5 deste Capítulo.

A principal questão que envolve a produção de prova oral diz respeito à resistência de sujeitos convocados para o ato. Como é notório, no processo judicial a ausência injustificada da parte a seu depoimento pessoal gera confissão tácita, fenômeno inexistente no inquérito civil. No caso da ausência injustificada de testemunha devidamente intimada, haverá sua condução coercitiva, com auxílio da polícia militar. Seria possível a condução coercitiva, tanto das partes envolvidas na investigação como de terceiros, para prestar declarações no inquérito civil?

Nos termos do art. 26, I, *a*, da Lei 8.625/1993, é permitida a condução coercitiva, com auxílio da polícia civil ou militar, na hipótese de ausência injustificada de testemunha nos procedimentos conduzidos pelo Ministério Público. No mesmo sentido, o art. 8º, I, da Lei Complementar 75/1993. O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de expressamente permitir tal medida para forçar a presença do sujeito intimado a prestar depoimento em inquérito civil[29]. E nem poderia ser diferente, considerando que a impossibilidade de coagir os depoentes a comparecer perante o membro do Ministério Público tornaria tal presença uma mera faculdade, com sérios riscos de a prova não ser produzida.

Ainda que não duvide do cabimento da condução coercitiva, não há solução para a hipótese de o depoente simplesmente se recusar a responder as perguntas formuladas pelo membro do Ministério Público, que conduz o inquérito. A confissão tácita, conforme já afirmado, é fenômeno exclusivamente processual, não tendo qualquer força de prova na ação coletiva uma suposta confissão tácita do depoente gerada pelo seu silêncio. Tratando-se de testemunha, nem mesmo hipoteticamente poderia existir a confissão.

E é justamente por essa razão que duvido da utilidade de condução coercitiva para a colheita de depoimentos, em especial por parte do investigado. Se o sujeito já se expressou no sentido de não pretender comparecer ao Ministério

[29] STJ, 2ª Turma, HC 81.903/RJ, rel. Min. Humberto Martins, j. 07.08.2007, *DJ* 17.08.2007, p. 405.

Público para prestar depoimento, é presumível que, ao ser forçado ao comparecimento, simplesmente se cale diante das perguntas do Ministério Público. Se realmente for inútil a condução coercitiva nesse caso, não se justifica todo o desgaste exigido por esta, sendo preferível a dispensa da oitiva do investigado.

No tocante à obtenção de prova documental, cumpre primeiramente registrar que consta entre as funções institucionais do Ministério Público, mais precisamente no art. 129, VI, da CF, a expedição de notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los. O poder de requisitar documentos e informações de autoridades públicas e privadas também está consagrado no art. 8º, § 1º, da LACP, no art. 8º, II e IV, da Lei Complementar 75/1993 e no art. 26, I, *a* e II, da Lei 8.625/1993.

Além de produção de prova documental por iniciativa do membro que conduz o inquérito civil, também os investigados poderão produzi-las, e mesmo terceiros, nos termos do art. 6º, § 5º, da Resolução 23/2007 do CNMP. Também cuida tal Resolução, nos §§ 8º, 9º e 10 do art. 6º, da forma procedimental de envio dos ofícios requisitórios de informações, prevendo que, apesar de serem encaminhados pelo Procurador-Geral, é proibida a análise de seu conteúdo, cabendo o indeferimento apenas por questões formais.

Não há maiores dúvidas, portanto, do poder instrutório do membro do Ministério Público que conduz o inquérito civil no tocante à produção de prova documental. Há, inclusive, entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser vedado ao Poder Judiciário analisar o mérito de tais requisições, sendo sua necessidade aferida exclusivamente pelo membro do Ministério Público que conduz o inquérito civil[30].

Ocorre, entretanto, que, em algumas situações envolvendo o sigilo das informações requisitadas pelo Ministério Público, surgirá a dúvida a respeito da legitimidade da atuação do Ministério Público. Embora o art. 8º, § 2º, da Lei Complementar 75/1993 preveja não ser possível a recusa à requisição do Ministério Público sob a alegação de sigilo, o art. 8º, § 2º, da LACP dispõe exatamente o contrário, admitindo a recusa da informação nos casos em que a lei impuser sigilo. O entendimento dos tribunais superiores é no sentido de que na hipótese de haver previsão legal expressa de sigilo o Ministério Público não terá acesso direto às informações requisitadas, necessitando de autorização judicial para tanto[31].

Situação corriqueira é a que envolve a quebra do sigilo bancário dos investigados, muitas vezes indispensável para o melhor conhecimento dos fatos analisados em sede de inquérito civil. O Superior Tribunal de Justiça entende

[30] STJ, 1ª Turma, RMS 33.392/PE, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 07.06.2011, *DJe* 10.06.2011.

[31] STF, 2ª Turma, RE 318.136 AgRg/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, j. 12.09.2006, *DJ* 06.10.2006, p. 64; STJ, 5ª Turma, HC 160.646/SP, rel. Min. Jorge Mussi, j. 01.09.2011, *DJe* 19.09.2011; STJ, 6ª Turma, HC 31.205/RJ, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 02.09.2004, *DJ* 26.11.2007, p. 247; *RIOBDPPP* 71/117 STJ, 1ª Turma, REsp 657.037/RJ, rel. Min. Francisco Falcão, j. 02.12.2004, *DJ* 28.03.2005, p. 214. Contra: Nery-Nery, Código, p. 1.458.

ser possível a utilização de tais provas em inquérito civil, mas a quebra do sigilo deve ser determinada pelo Poder Judiciário[32]. Segundo o Supremo Tribunal Federal, a quebra de sigilo bancário só pode ocorrer por decisão fundamentada de órgão jurisdicional ou por Comissão Parlamentar de Inquérito[33]. Segundo a Corte constitucional, o sigilo bancário não tem conteúdo absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade pública e privada, o que permitirá sua quebra sempre que as transações bancárias forem denotadoras de ilicitude, justamente o objeto de investigação no inquérito civil[34].

A produção de prova pericial encontra-se amplamente amparada pelo art. 8º, II, da Lei Complementar 75/1993 e art. 26, I, *b*, da Lei 8.625/1993. Entendo que os custos dessa prova não devem ser arcados pelos investigados, até porque nesse caso a prova dificilmente será produzida no caso concreto. Sabendo de antemão que a prova lhe será desfavorável, qual será exatamente seu interesse em bancar a produção dessa prova? E, caso se recuse, haverá sua preclusão, de interesse do investigado? Há razões mais que suficientes para entender que, existindo a necessidade de pagamento de honorários periciais, a responsabilidade é do Ministério Público.

Eventuais inspeções ou diligências investigatórias, bem como medidas de busca e apreensão de coisa ou documento, devem respeitar as normas constitucionais pertinentes à inviolabilidade do domicílio, sendo nesse caso necessária a autorização judicial. Naturalmente que, consentida a realização do ato ou mesmo na remota hipótese de ocorrer um crime em flagrante, a atuação ministerial não dependerá de intervenção jurisdicional[35].

Por fim, interessante tecer breves comentários a respeito da interceptação telefônica. Esse meio de prova não é admitido no inquérito civil, da mesma forma que é vedado na ação coletiva. Nos termos do art. 5º, XII, da CF, a eventual e excepcional autorização para a produção de tal espécie de prova limita-se à investigação criminal ou instrução processual penal. Caso, entretanto, a quebra tenha sido autorizada na esfera penal, a interceptação telefônica será admitida como prova emprestada em outros procedimentos investigativos[36], inclusive o inquérito civil, e mesmo na ação coletiva[37].

20.4.5. Audiência pública

O membro do Ministério Público, que conduz as investigações, pode realizar audiências públicas, ato expressamente previsto no art. 27, parágrafo único, IV,

[32] STJ, 1ª Turma, REsp 1.060.976/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 17.11.2009, *DJe* 04.12.2009; STJ, MC 5.512/RS, rel. Min. Felix Fischer, j. 18.03.2003, *DJ* 28.04.2003, p. 208.

[33] STF, 2ª Turma, RE 243.157 AgRg/MS, rel. Min. Cezar Peluso, j. 06.11.2007, *DJe* 01.02.2008.

[34] STJ, 1ª Turma, REsp 1.060.976/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 17.11.2009, *DJe* 04.12.2009.

[35] Andrade-Masson-Andrade, Interesses, 2.8.1.1.6, p. 161.

[36] STJ, 3ª Seção, MS 13.099/DF, rel. Min. Laurita Vaz, j. 08.02.2012, *DJe* 24.02.2012.

[37] STJ, 2ª Turma, REsp 1.122.177/MT, rel. Min. Herman Benjamin, j. 03.08.2010, *DJe* 27.04.2011.

da Lei 8.625/1993. Registre-se que, apesar de não ser de iniciativa exclusiva do Ministério Público, considerando que o Supremo Tribunal Federal também poderá realizá-las, nos termos do art. 20, § 1º, da Lei 9.868/99, a audiência pública é um instrumento de extrema relevância no inquérito civil.

Importante forma de democratizar o procedimento investigativo, permitindo ao Ministério Público a oitiva de diferentes segmentos da sociedade que, de alguma forma, tenham interesse no tema investigado, a audiência pública tem caráter meramente consultivo, sendo apenas fonte de obtenção de informações, de modo a não vincular de qualquer maneira o Ministério Público[38]. Cabe ao Ministério Público buscar informações, opiniões, propostas e críticas à sua atuação, o que permitirá uma melhora ou mesmo redirecionamento na condução do inquérito civil, também influenciando em suas conclusões a respeito da investigação.

Conforme corretamente afirmado pela doutrina, há ao menos duas situações nas quais a realização de audiência pública é extremamente importante. A primeira concerne ao eterno confronto entre as limitações orçamentárias (dinheiro limitado) e as necessidades da sociedade (ilimitadas), e, nesse caso, é importante o Ministério Público tomar conhecimento da opinião da sociedade a respeito de eventual ingresso de ação civil pública[39]. A segunda se refere a casos nos quais a medida a ser adotada trará necessariamente vantagens e desvantagens, como, por exemplo, o fechamento de uma fábrica na qual determinada cidade baseia sua economia como forma de tutelar o meio ambiente[40].

20.4.6. Arquivamento

Conforme já devidamente consignado, ao final do inquérito civil caberá ao membro do Ministério Público que o conduziu ingressar com a ação coletiva, firmar termo de ajustamento de conduta ou determinar o arquivamento do inquérito sempre que entender não haver fundamento para a adoção de medidas judiciais. Segundo o art. 9º, *caput*, da Resolução 23/2007 do CNMP, o inquérito civil deve ser concluído no prazo de um ano, prorrogável pelo mesmo prazo e quantas vezes necessárias. O vencimento do prazo, entretanto, não gera qualquer nulidade nas provas colhidas e não afeta a ação coletiva resultante do inquérito civil[41].

O arquivamento do inquérito civil mereceu atenção especial do legislador, que destinou o art. 9º da LACP para tratar exclusivamente do tema. Também aproveitável o Capítulo V da Resolução 23/2007 do CNMP, ainda que em alguns dispositivos da Resolução haja apenas a repetição de regras consagradas no art. 9º da LACP.

[38] Gajardoni, Direitos, v. II, p. 85.

[39] Gajardoni, Direitos, v. II, p. 85.

[40] Mazzilli, Inquérito civil, p. 328.

[41] STJ, CE, APn 531/MT, rel. Min. Francisco Falcão, j. 07.03.2012, *DJe* 14.05.2012.

Nos termos do art. 9º, *caput*, da LACP, o arquivamento do inquérito civil depende de decisão motivada, atendendo-se assim a exigência constante no art. 93, IX, da CF. Naturalmente, o investigado não terá interesse de se insurgir contra tal decisão, mas é possível que outros sujeitos envolvidos ou interessados na investigação, com interesse na propositura da ação coletiva, não concordem com a decisão de arquivamento. Não há, entretanto, qualquer previsão de recurso contra tal decisão, e essa omissão não gera consequências diante da necessidade de remessa de ofício da decisão, no prazo de 3 dias, ao Conselho Superior do Ministério Público, sob pena de o membro do Ministério Público, que determinou o arquivamento, responder por falta grave.

Não há no dispositivo legal o termo inicial de tal prazo, lapso corrigido pelo art. 10, § 1º, da Resolução 23/2007 do CNMP, ao prever como data de início da contagem do prazo a efetiva cientificação pessoal dos interessados, mediante publicação na imprensa oficial ou da lavratura do termo de afixação de aviso no órgão do Ministério Público quando não localizados os que devem ser cientificados.

Existe a possibilidade de juntada de razões escritas e/ou de novos documentos em momento posterior à prolação de decisão pelo arquivamento e antes do julgamento de tal decisão em sessão do Conselho Superior do Ministério Público. O art. 9º, § 2º, da LACP limita tal atuação às associações legitimadas à propositura da ação coletiva, em entendimento irrazoável, considerando-se, ao menos no tocante à juntada de documentos, a possibilidade de sujeito não legitimado à propositura da ação coletiva poder contribuir significativamente no sentido de reversão da decisão de arquivamento. Apesar da omissão legislativa, repetida no art. 10, § 3º, da Resolução 23/2007 do CNMP, em respeito ao princípio da isonomia devem ser admitidos razões escritas e/ou documentos juntados pelo investigado visando corroborar a decisão de indeferimento.

Quanto às possíveis posturas a serem adotadas pelo Conselho Superior do Ministério Púbico no julgamento da decisão de arquivamento – que deverá seguir as regras regimentais –, há sensível diferença entre o art. 9º, § 4º, da LACP e o art. 10, § 4º, da Resolução 23/2007 do CNMP. Enquanto a primeira regra prevê a homologação do arquivamento ou a designação de outro órgão do Ministério Público para a propositura da ação coletiva, a segunda prevê a homologação, a conversão do julgamento em diligência e a deliberação pelo prosseguimento do inquérito civil, hipótese em que será indicado outro membro do Ministério Público para atuação.

Considero que as normas legais são complementares. Na realidade, são quatro as possíveis decisões do Conselho Superior do Ministério Público: (a) homologar o arquivamento, em decisão irrecorrível e excluída de controle jurisdicional; (b) converter o julgamento em diligência sempre que julgar necessária a colheita de mais elementos de convicção para a prolação da decisão; (c) compreender que o arquivamento é medida açodada, porque o inquérito civil ainda não esgotou sua função, quando determinará a continuidade do procedimento investigativo perante

membro do Ministério Público que não tenha decidido pelo arquivamento; (d) entender que o arquivamento é indevido porque as provas colhidas já permitem o ingresso da ação coletiva, quando designará promotor que não tenha sido o responsável pela decisão de arquivamento para a propositura de tal ação.

Interessante é a hipótese na qual a investigação se concentra em mais de um fato, sendo proposta ação coletiva somente com relação a um ou alguns deles. Ter-se-ia, nesse caso, um arquivamento tácito a respeito daqueles fatos investigados que não deram ensejo à propositura de correspondente ação coletiva. O tema é corretamente tratado pelo art. 13 da Resolução 23/2007 do CNMP, que prevê a adoção do procedimento já analisado para a parcela fática da investigação que não ensejou o ingresso de ação coletiva.

Registre-se mais uma vez que todas as regras procedimentais atinentes ao arquivamento do inquérito civil são plenamente aplicáveis ao arquivamento do procedimento preparatório.

Existe a possibilidade de desarquivamento do inquérito civil, sendo o tema tratado pelo art. 12 da Resolução 23/2007 do CNMP. Nos termos do *caput* do dispositivo legal, no prazo máximo de seis meses do arquivamento, o inquérito civil poderá ser desarquivado e retomado seu andamento desde que preenchidos dois requisitos alternativos: (a) surgimento de novas provas ou (b) investigação de novo fato relevante.

20.4.7. Recomendações

Nos termos do art. 15, *caput*, da Resolução 23/2007 do CNMP, admite-se que o Ministério Público, nos autos do inquérito civil, expeça recomendações, devidamente fundamentadas, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como aos demais interesses, direitos e bens cuja defesa lhe caiba promover.

Apesar de a norma ora analisada prever que a expedição de recomendações se dará nos autos do inquérito civil, sugerindo que somente durante seu trâmite seja possível, entendo que, mesmo após o encerramento do procedimento investigativo, tais recomendações possam ser feitas. Haverá nesse momento, inclusive, maiores elementos de conhecimento para dirigir com maior precisão tais recomendações.

Como fica claro da redação legal do art. 15, *caput*, da Resolução 23/2007 do CNMP, a recomendação poderá ser dirigida a qualquer pessoa que exerça serviço público ou de relevância pública. Portanto, poderão receber a recomendação tanto a pessoa humana como a jurídica, e, nesse último caso, tanto a pessoa jurídica de direito privado como público, nacional ou estrangeira.

Segundo o parágrafo único do artigo ora comentado, é vedada a expedição de recomendação como medida substitutiva ao compromisso de ajustamento de conduta ou a ação civil pública. A previsão é correta porque distingue

claramente um ato que tem natureza de mera sugestão ao investigado de atos de solução do conflito (termo de ajustamento de conduta) ou de ação coletiva para a tutela do direito violado ou ameaçado de violação. E tem servido à doutrina para confirmar entendimento de que a recomendação somente é cabível antes da prática do ato ilícito, porque, uma vez havendo a ilicitude ao Ministério Público, cabe a propositura da ação coletiva ou a tomada de termo de ajustamento de conduta[42].

20.5. A IMPORTÂNCIA DA APROXIMAÇÃO ENTRE O INQUÉRITO CIVIL E AS CAUTELARES PROBATÓRIAS – O VALOR E A CARGA DA PROVA PRODUZIDA

Já tive a oportunidade de defender em artigo específico sobre o tema uma aproximação do inquérito civil das ações cautelares probatórias, com o propósito prático de aproximar o tratamento da prova produzida em ambos[43]. A aproximação dos institutos por meio da demonstração de certa similaridade – quando não identidade – de seus elementos é a base para que a prova produzida no inquérito civil e na cautelar probatória possam ter um tratamento, senão idêntico, ao menos muito próximo.

É natural que não se possa falar em tratamento idêntico em razão da diferença principal entre esses dois institutos, absolutamente intransponível: o inquérito civil não tramita perante o Poder Judiciário, não tendo caráter jurisdicional, realidade bem distinta da existente nas cautelares probatórias. Logo, a prova produzida em um e em outro terá essa insuperável – mas a meu ver não essencial – diferença: uma é produzida por um membro do Ministério Público que preside o inquérito civil e a outra, por um juiz de direito que conduz o processo judicial. Entendo que, enquanto a prova produzida antecipadamente é uma forma de prova emprestada típica, a prova produzida no inquérito civil deva ser considerada como prova emprestada atípica, sempre ingressando no processo sob a forma documental, mas mantendo o conteúdo originário da prova (pericial, testemunhal etc.). A natureza de prova atípica permite a utilização dessa prova em respeito ao art. 369 do CPC, entendimento já consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça[44].

É absolutamente pacífico na doutrina processual que a valoração da prova produzida de forma antecipada por meio de processo cautelar será exclusiva do juiz da ação principal. Tal regra entrega toda a valoração da prova produzida antecipadamente ao juiz da ação principal, que poderá até mesmo, em última análise, dispensá-la na formação de seu convencimento. Tudo dependerá,

[42] Didier Jr.-Zaneti Jr., Curso, p. 236; Gajardoni, Direitos, v. II, p. 83.

[43] Neves, O Inquérito civil como uma cautelar preparatória *sui generis*. *Processo Civil Coletivo*, coord. Rodrigo Mazzei e Rita Dias Nolasco, pp. 216-247.

[44] STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 113.436/SP, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 10.04.2012, *DJe* 18.05.2012.

portanto, da postura do juiz da ação principal diante da prova, levando-se em conta especialmente as particularidades do caso concreto. Poderá, por exemplo, desconsiderar prova testemunhal se outras vierem a ser produzidas na própria ação principal, ou até mesmo produzir novamente a prova, sempre que possível.

No inquérito civil ocorre algo bastante semelhante, sendo incontestável que as provas produzidas poderão ser utilizadas no convencimento do juiz da ação civil pública, da mesma forma como hoje em dia já se verifica no processo penal com o inquérito policial. Tudo em respeito ao princípio do livre convencimento do juiz, que permite ao magistrado dar às provas que lhe são trazidas o peso que entender adequado, desde que justificadamente.

Apesar de sua produção extrajudicial, a prova produzida no inquérito civil não pode ser simplesmente desconsiderada. Seria um manifesto equívoco imaginar que somente as provas produzidas em juízo podem ser valoradas pelo juiz no caso concreto, existindo outros requisitos muito mais importantes na produção da prova que a condução do juiz. O respeito ao contraditório é certamente o maior deles, devendo a prova ter uma maior carga probatória conforme mais respeito tenha sido concedido a tal princípio no caso concreto, independentemente do responsável pela condução da produção probatória.

Basta indagar, em uma situação em que uma nova produção da prova seja impossível durante a ação judicial (p. ex., o bem objeto da perícia não mais existe), certamente a mais dramática – mas não única – situação possível, o que seria mais importante em termos de dar à prova uma carga de convencimento mais significativa: ter sido produzida por um juiz ou ter sido produzida em contraditório? Basta imaginar um inquérito civil em que os interessados tiveram amplo acesso à produção da prova, inclusive indicando assistentes técnicos que acompanharam a perícia, com todos os seus quesitos respondidos pelo perito, e um processo judicial de produção antecipada de prova que, em razão da urgência da situação, a prova foi feita por medida liminar, antes da citação do requerido e sem qualquer participação sua na formação da prova. Parece evidente que a prova produzida no primeiro caso será muito mais íntegra e confiável do que aquela gerada no segundo.

A meu ver, quanto mais público o inquérito civil e mais intensa a participação do investigado, maior credibilidade a prova terá diante do juiz da ação civil pública, aumentando assim sua carga probatória no convencimento do magistrado. Outras circunstâncias também deverão ser levadas em consideração pelo juiz na valoração das informações obtidas em inquérito civil, em especial a impossibilidade de nova produção de provas ou ainda o custo muito elevado para tanto, mas o essencial para atribuir força probatória significativa à prova produzida é o respeito ao contraditório.

O aproveitamento das provas colhidas em sede de inquérito civil para fundamentar decisão da ação coletiva é entendimento tranquilo no Superior Tribunal de Justiça, ainda que com uma série de importantes – e nem sempre justificáveis – limitações. É corrente, por exemplo, o entendimento de que as

provas colhidas no inquérito civil têm eficácia probatória relativa para fins de instrução da ação civil pública[45].

É tranquila a admissão de documentos juntados aos autos do inquérito civil[46]. As mesmas decisões, entretanto, só dão valor à prova testemunhal colhida no inquérito civil por terem sido repetidas na esfera judicial, o mostra claramente a resistência à aceitação das provas oral e pericial exclusivamente produzidas no inquérito civil.

Por outro lado, existem decisões que somente afastam as provas colhidas no inquérito civil se houver contraprova de hierarquia superior, ou seja, produzida sob a vigilância do contraditório[47]. Entendo absolutamente correta a decisão, porque descarta a possibilidade de desconsiderar a prova simplesmente por não ter sido produzida pelo crivo do contraditório, mas ao mesmo tempo alerta que tal princípio empresta à prova produzida sob seu crivo uma maior carga de convencimento, conforme já defendido.

Registre-se, por fim, que o art. 372 do CPC, de forma originária, consagra expressamente a prova emprestada. Partindo-se da premissa de que a prova produzida no inquérito civil é emprestada para a ação civil pública, a redação do novo dispositivo pode causar problemas para o aproveitamento dessas provas em ação judicial.

Não sendo o inquérito civil ou policial um processo, mas um mero procedimento investigativo, uma previsão expressa que condiciona o empréstimo da prova à sua produção em outro processo é promessa certa de polêmica. Particularmente, entendo que a novidade legislativa não será suficiente para alterar a atual jurisprudência. O caminho mais simples, ainda que tecnicamente incorreto, será afirmar que a prova não está sendo tecnicamente emprestada, mas somente aproveitada na ação judicial, de forma a ser inaplicável o art. 372 do CPC.

[45] STJ, 2ª Turma, REsp 1.280.321/MG, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 06.03.2012, *DJe* 09.03.2012.

[46] STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 113.436/SP, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 10.04.2012, *DJe* 18.05.2012; STJ, 2ª Turma, REsp 401.472/RO, rel. Min. Herman Benjamin, j. 15.06.2010, *DJe* 27.04.2011.

[47] STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 572.859/RJ, rel. Min. Humberto Martins, j. 18/12/2014, *DJe* 03/02/2015.

21

PROCESSO COLETIVO PASSIVO

Sumário: 21.1. Situações jurídicas coletivas passivas – 21.2. Situações jurídicas coletivas ativas e passivas – 21.3. Situações jurídicas coletivas passivas e processo coletivo passivo: 21.3.1. Introdução; 21.3.2. Dificuldades práticas na adoção do processo coletivo passivo – 21.4. Ações coletivas passivas originais e derivadas: indevida confusão.

21.1. SITUAÇÕES JURÍDICAS COLETIVAS PASSIVAS

Geralmente quando se estuda o processo coletivo leva-se em conta um microssistema criado para tutelar direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, sempre considerada uma situação jurídica ativa, representada por um direito violado ou ameaçado de violação. Dentro dessa estrutura tradicional, determinam-se os principais aspectos processuais desse microssistema, tais como a legitimidade e a coisa julgada material.

Recentemente, entretanto, parcela da doutrina passou a defender a utilização desse mesmo microssistema, ainda que com eventuais adequações pontuais, às situações jurídicas passivas, imaginando-se que o processo coletivo também possa ter como objeto um dever ou um estado de sujeição difuso, coletivo ou individual homogêneo. Fala-se nesse caso em processo coletivo passivo.

Antes propriamente de se partir para a análise das teses doutrinárias que admitem o processo coletivo passivo no sistema processual brasileiro e aquelas que negam sua possibilidade, por questões acadêmicas e/ou por ausência de previsão legal nesse sentido, é importante compreender bem o significado de processo coletivo passivo. O conceito dessa espécie de processo não tem chamado a devida atenção dos estudiosos sobre o tema, mas parece ser imprescindível como premissa de qualquer conclusão a respeito do assunto.

Como bem apontado por parcela da doutrina que enfrentou o tema, antes de se partir para uma definição dos aspectos processuais, é preciso notar que o

processo coletivo passivo deriva de uma relação jurídica de direito material da qual resultem situações jurídicas passivas coletivas *lato sensu*[1]. Dessa forma, quando em uma relação jurídica de direito material existir um dever da coletividade ou de uma comunidade, será possível falar em dever coletivo. O mesmo ocorre com o estado de sujeição, também considerado classicamente uma situação jurídica passiva.

O processo coletivo passivo, portanto, é o processo no qual se discute esse dever ou estado de sujeição coletivo. A conceituação é importante porque afasta do âmbito do processo coletivo passivo pretensões meramente declaratórias que têm como objeto um direito coletivo, ainda que se possa imaginar nesse caso uma coletividade ou comunidade representadas – ou substituídas processualmente – no polo passivo. Definir quem será autor ou réu, ainda mais em uma ação dúplice como é o caso da ação meramente declaratória, não é o suficiente para determinar a espécie de processo coletivo – ativo ou passivo. O que interessa é a situação jurídica de direito material que forma o objeto do processo.

Uma empresa mover uma ação e colocar o Ministério Público como réu para ver declarado que seu projeto de construção respeitou as normas ambientais[2] não parece ser um exemplo de processo coletivo, porque nesse caso o que se busca é a declaração de que um direito difuso não foi nem será violado. A simples circunstância de a coletividade em tese ocupar por meio do Ministério Público (ou qualquer outro sujeito processual) o polo passivo da demanda não é o suficiente para a existência de um processo coletivo passivo.

Em uma ação em que se busca a mera declaração de inexistência de direito coletivo *lato sensu*, apesar das dificuldades procedimentais a habilitar sua existência, não se estará diante de um genuíno processo coletivo passivo[3]. Ou ainda no pedido de declaração de empresa de regularidade na instalação de filtros antipoluição[4]. Na feliz expressão doutrinária, nesse caso estar-se-á perante uma *ação coletiva às avessas*[5], ou seja, uma ação coletiva ativa iniciada pelo sujeito que deveria ser réu, mas, antecipando-se, busca uma certeza jurídica, figurando no polo ativo.

21.2. SITUAÇÕES JURÍDICAS COLETIVAS ATIVAS E PASSIVAS

Ainda seguindo a lição doutrinária que parece ser a mais adequada ao conceito de processo coletivo passivo[6], a constatação de que a espécie de processo coletivo – ativo ou passivo – deriva da relação jurídica de direito material cria interessantes situações quando se analisa o caso concreto à luz da natureza individual ou coletiva das situações jurídicas de direito material que cada parte defenderá em juízo. Admitindo-se as possíveis variações nas situações jurídicas defendidas por autor ou réu, é possível imaginar uma série de diferentes combinações.

A ação será inteiramente individual quando o autor defender um direito individual em face de alegado dever individual do réu, como ocorre, por exemplo, em uma ação de cobrança de um banco qualquer diante de seu correntista.

Na hipótese de um autor coletivo pleitear um direito coletivo *lato sensu*, com a alegação de um dever individual descumprido por parte do réu, tem-se o processo coletivo ativo, classicamente admitido entre nós. A empresa que viola o meio ambiente e é acionada pelo Ministério Público é um entre os milhares de exemplos possíveis. A situação jurídica ativa (direito) é difusa, porque o meio ambiente equilibrado é direito de toda a coletividade, enquanto cada indivíduo é titular de uma situação jurídica passiva, consubstanciada no dever de não agredir o meio ambiente.

O processo coletivo passivo depende de uma situação jurídica coletiva passiva, mas correlata a essa situação jurídica passiva é possível que existam tanto uma situação jurídica ativa individual como uma coletiva. No primeiro caso, tem-se um direito individual diante de um dever coletivo, como ocorre, por exemplo, no dever que todos têm de respeitar a patente do criador. Esse direito individual do criador da patente seria correlato ao dever da coletividade em não praticar atos que agridem tal direito. No direito americano, trata-se da *unilateral defendant class actions*. No segundo caso, tem-se um direito coletivo em face de um dever coletivo, como se dá, por exemplo, na pretensão de um grupo de lojistas diante de um grupo de fornecedores. No direito americano trata-se da *bilateral class actions* ou *double-edged class actions*.

21.3. SITUAÇÕES JURÍDICAS COLETIVAS PASSIVAS E PROCESSO COLETIVO PASSIVO

21.3.1. Introdução

O reconhecimento de situações jurídicas passivas coletivas não é o suficiente, entretanto, para admitir em nosso sistema o processo coletivo passivo. Acredito que não se pode duvidar e muito menos fingir que não existem deveres e estados de sujeição difuso, coletivo ou individual homogêneo, decorrentes de situações fático-jurídicas presentes em nosso dia a dia. Negar essa circunstância é desprezar certas relações jurídicas de direito material, o que não parece adequado sob qualquer ponto de análise. A admissão de que tais relações jurídicas de direito material possam ser objeto de um processo coletivo, entretanto, é um problema mais complexo, porque a tutela do direito depende de procedimentos aptos a tanto, podendo estar ou não o sistema processual preparado para as chamadas situações jurídicas coletivas passivas.

[1] Didier Jr.-Zaneti Jr., Curso, vol. 4, pp. 399-400.
[2] Exemplo de Grinover, Ações, p. 7; Pedro Dinamarco, Ação, n. 15.1, p. 273.
[3] Didier Jr.-Zaneti Jr., Curso, v. 4, pp. 405-406.
[4] Exemplo de Mancuso, Interesses, pp. 167-168.
[5] Gidi, A class actions, p. 392.
[6] Didier Jr.-Zaneti Jr., Curso, v. 4, p. 392; Andrighi, Reflexões, p. 337.

Como bem observado pela melhor doutrina, o processo coletivo passivo, tanto quanto o ativo, tem o potencial de proporcionar significativa economia processual e facilitar o acesso à justiça[7], além de contribuir positivamente com a harmonização de julgados. Diante da ausência de tratamento expresso a respeito do tema nas diversas leis que regulamentam o processo coletivo em nosso país, seria possível a adoção imediata, com a legislação atual, de um processo coletivo passivo? Ou somente diante de uma mudança legislativa?

21.3.2. Dificuldades práticas na adoção do processo coletivo passivo

Na doutrina que critica a adoção do processo coletivo passivo diante da atual sistemática processual encontram-se dois fundamentos principais, referentes aos dois institutos processuais de maior destaque no microssistema coletivo: a legitimidade e a coisa julgada material.

21.3.2.1. Legitimidade

Afirma-se que as regras que versam sobre a legitimação extraordinária se limitam a prever uma legitimidade ativa, não se podendo concluir que os mesmos legitimados à propositura da ação coletiva poderiam ser também legitimados passivos em uma ação coletiva[8]. Dessa forma, tanto o art. 5º da LACP como o art. 82 do CDC teriam aplicação exclusiva ao polo ativo dos processos coletivos, o que impediria a existência de um processo coletivo passivo por inexistir na lei permissão para que qualquer sujeito defenda em juízo no polo passivo os interesses da coletividade, comunidade ou conjunto de indivíduos. O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de decidir nesse sentido, entendendo inadmissível o processo coletivo passivo[9].

O art. 5º da Lei 7.347/1985 dispõe expressamente em seu *caput* que a legitimidade ali prevista é para a propositura da ação principal e da ação cautelar, sendo inegável, portanto, sua aplicação limitada ao polo ativo do processo coletivo. Resta, portanto, o art. 82 da Lei 8.078/1990, que ao tratar da legitimidade faz remissão ao art. 81, parágrafo único, da mesma lei, que prevê a "defesa coletiva" dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Para a parcela doutrinária que pretende superar o argumento de ausência de previsão legal, o termo "defesa" utilizado pelo dispositivo legal não se limita à atuação ativa, compreendendo também uma eventual participação passiva no processo coletivo[10].

Independentemente da expressa previsão legal quanto a essa legitimidade passiva, até porque a legitimação extraordinária pode também decorrer logicamente do sistema, como ensina a melhor doutrina, o problema de atribuir a legitimidade passiva aos sujeitos que são legitimados ativos seria a ausência de um sistema de aferição *ope iudicis* para a determinação da adequada representação do legitimado, tema tratado no item 8.2.3.4. Para considerável corrente doutrinária, a ausência de análise concreta das condições de atuação do legitimado seria um incontornável entrave à admissão do processo coletivo passivo, considerando-se o risco de que um sujeito sem mínimas condições represente (ou substitua) a coletividade ou comunidade no polo passivo do processo[11].

[7] Gidi, A class action, p. 391.
[8] Mazzilli, A defesa, p. 383; Pedro Dinamarco, Ação, p. 270; Abelha Rodrigues, Ação, n. 12.4., p. 367.
[9] STJ, 3ª Turma, REsp 1.051.302-DF, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23.03.2010, *DJe* 28.04.2010.
[10] Didier Jr.-Zaneti Jr., Curso, v. 4, p. 413.

Conforme já devidamente analisado no item 8.2.3.4, o tema da representatividade adequada é bastante polêmico, havendo corrente doutrinária que defende a existência de um sistema *ope iudicis*, ou no mínimo misto[12], de aferição da adequada representatividade dos autores do processo coletivo. Diante dessa constatação, a doutrina que não entende como obstáculo instransponível a forma de análise da representação adequada no direito pátrio à adoção do processo coletivo passivo simplesmente afirma que nesse tipo de ação o cuidado e a atenção do juiz na análise do caso concreto devem ser redobrados[13]. Esse extremo cuidado exigido do juiz resolveria o problema de eventualmente o polo passivo ser preenchido por um sujeito que, apesar de legitimado, não tenha condições efetivas de desenvolver a defesa mais plena possível do interesse daqueles que não participarão do processo.

21.3.2.2. Coisa julgada

No Capítulo 14 foi examinada a coisa julgada na tutela coletiva, com suas particulares características: eficácia *erga omnes* e *ultra partes*, *secundum eventum litis in utilibus*, *secundum eventum probationis*. Não cabe nesse momento uma nova análise de tais temas, mas dentre eles existe um aspecto que é comumente utilizado como impeditivo da aceitação do processo coletivo passivo: a coisa julgada *secundum eventum litis in utilibus*[14].

A corrente doutrinária crítica à adoção do processo coletivo passivo explica que, não podendo a coisa julgada coletiva prejudicar o indivíduo, não teria sentido um processo dessa espécie, já que a procedência não vincularia os indivíduos, que só poderiam ser atingidos pela coisa julgada na hipótese de improcedência. Afirma-se que, sendo assim, o processo coletivo seria inútil, porque somente teria eficácia se o pedido fosse julgado improcedente.

Nesse ponto, nota-se uma divisão na doutrina que defende – *de lege lata* e *de lege ferenda* – a adoção do processo coletivo passivo, ao menos no tocante aos deveres ou estado de sujeição individuais homogêneos.

[11] Leonel, Manual, p. 206; Pedro Dinamarco, p. 269.
[12] Vigliar, Defendant, p. 315.
[13] Andrighi, Reflexões, pp. 340-343; Grinover, Ações, p. 6; Lenza, Ação, p. 203; Vigliar, *Defendant*, p. 315.
[14] Gidi, A class, pp. 414-415; Pedro Dinamarco, p. 269.

Quanto aos deveres ou estado de sujeição indivisíveis (difusos e coletivos), a doutrina que defende a adoção do processo coletivo passivo parece ser uníssona no sentido de que a coisa julgada se opera *pro et contra* e com efeitos *erga omnes*, sendo distinto do processo coletivo tradicional apenas no afastamento da coisa julgada *secundum eventum litis in utilibus*, incompatível com o processo coletivo passivo[15]. É nesse sentido o art. 33 do Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América[16].

No tocante às situações jurídicas coletivas passivas individuais homogêneas, existe corrente doutrinária que defende a aplicação da coisa julgada *secundum eventum litis in utilibus*, de forma que os indivíduos não estejam vinculados ao resultado desfavorável do processo coletivo, no caso, a procedência do pedido. Afirma-se pela aplicação, *mutatis mutantis*, da mesma espécie de coisa julgada material existente no processo coletivo tradicional. Segundo esse entendimento, a coisa julgada na hipótese de procedência do pedido não vinculará os membros do grupo, classe ou categoria, que estarão liberados para discutirem a decisão em ação própria ou na execução da sentença coletiva e afastá-la de sua esfera jurídica[17]. É nesse sentido o art. 34 do Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América[18].

O entendimento, entretanto, é criticado por parcela doutrinária que, apesar de defender o processo coletivo passivo, considera que mesmo nesse caso a coisa julgada deve se operar *pro et contra* e vincular todos os indivíduos, independentemente do resultado do processo. A argumentação é de que em caso contrário o processo coletivo passivo seria totalmente esvaziado, porque, se cada indivíduo puder discutir a matéria em ação própria ou em defesa na execução, a procedência do pedido será inútil, aproximando-se perigosamente de uma mera declaração sem significativos efeitos práticos[19].

Concordo com essa crítica porque fico a imaginar que autor se disporia à propositura de um processo coletivo passivo sabendo de antemão que, sagrando-se vencedor na demanda, poderia enfrentar impugnações individuais a esse respeito, tendo que voltar a discutir a matéria com cada indivíduo em fase de execução ou mesmo em ações autônomas. Não é difícil supor o desestímulo gerado por tal situação, a indicar que poucos seriam aqueles que se aventurariam a perder seu tempo, dinheiro e energia em propor um processo coletivo que só teria efetividade na hipótese de rejeição de seu pedido.

[15] Grinover, Direito, p. 336; Didier Jr.-Zaneti Jr., p. 409.

[16] "Quando se tratar de interesses ou direitos difusos, a coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe."

[17] Grinover, Direito, p. 336; Lenza, Ação, pp. 203-205.

[18] "Quando se tratar de interesses ou direitos individuais homogêneos, a coisa julgada atuará *erga omnes* no plano coletivo, mas a sentença de procedência não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias ou defender-se no processo de execução, para afastar a eficácia da decisão na sua esfera jurídica individual".

[19] Didier Jr.-Zaneti Jr., Curso, pp. 411-413; Vigliar, *Defendant*, p. 318; Maia, Ação, pp. 151-152.

Notem que para que se legitime minimamente essa vinculação obrigatória será indispensável uma análise extremamente cuidadosa da adequada representação do réu, de forma que se garanta à defesa do interesse em juízo a atuação mais ampla, exauriente e perfeita possível[20]. Ainda que pareça estranho ao atual sistema processual pátrio, o indivíduo nada poderia reclamar porque, mesmo não tendo participado do processo, sua atuação não seria capaz de modificar o seu resultado, considerando que a defesa de seus direitos foi tão plena quanto teria sido se realizada pelo próprio indivíduo.

21.3.2.3. Demais questões processuais

Ainda que a maioria da doutrina que não aceita o processo coletivo passivo aponte a ausência de legitimados passivos e a coisa julgada *secundum eventum litis in utilibus* como os dois principais entraves para a adoção do processo coletivo passivo diante da atual sistemática legal, existem outras questões processuais a serem resolvidas se admitida tal espécie de ação coletiva[21].

Em alguns pontos parece tranquila a aplicação de regras já consagradas no processo coletivo tradicional. A isenção do adiantamento de custas processuais, emolumentos, ou qualquer outra espécie de despesa, da mesma forma que favorece o autor coletivo, o fará com o réu coletivo. Igualmente para a proibição de condenação ao pagamento das verbas de sucumbência, salvo na hipótese de má-fé[22].

Por outro lado, parece não haver qualquer razoabilidade na aplicação ao processo coletivo passivo de algumas regras processuais que só tem justificativa quando imaginado o processo coletivo tradicional. Assim, a eventual flexibilidade da estabilização objetiva da demanda, defendida por parcela da doutrina e analisada no item 5.3.2, não tem qualquer motivo para ser aplicada no processo coletivo passivo. O mesmo ocorre com as regras que regulamentam o pedido de desistência ou abandono da causa, com a publicação de editais com a convocação de outros legitimados ativos na expectativa de continuidade do processo.

E, finalmente, há os pontos críticos, cuja adequação procedimental para o bom andamento do processo coletivo parece ser imprescindível.

A questão da revelia tem relevância desde que se parta da premissa de que nem todos os interesses que podem ser objeto de um processo coletivo têm natureza indisponível. Essa constatação é importante porque, na hipótese de direito indisponível – individual ou coletivo –, a aplicação do art. 345, II, do CPC afasta o maior prejuízo gerado pela revelia ao inadmitir a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor. Mas, se considerar que existam interesses disponíveis que podem ser objeto de um processo coletivo passivo, como proceder diante da revelia do réu?

[20] Andrighi, Reflexões, p. 345; Maia, Ação, p. 111.

[21] Andrighi, Reflexões, p. 338.

[22] Didier Jr.-Zaneti Jr., p. 408.

Existe corrente doutrinária que defende a possibilidade não só da revelia, mas também de o juiz declarar os titulares do dever ou estado de sujeição indefesos e extinguir o processo em uma espécie de *non liquet* declarado[23]. Sugestão semelhante é da indicação de um curador especial que passará a realizar a efetiva defesa do interesse em juízo[24]. As soluções são interessantes e partem de genuína preocupação com aqueles que não participam do processo, mas estarão sujeitos aos seus efeitos, buscando equacionar um grave problema que seria gerado com a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor.

Concordo que deva haver uma solução de modo a se efetivar a defesa do réu, ainda que diante de sua revelia. Acredito, entretanto, que, partindo-se da rígida análise da representação adequada exigida por todos para a admissão de um legitimado coletivo como réu, será uma verdadeira teratologia a revelia do réu, sendo essa situação, portanto, mais um problema acadêmico do que prático.

Outra questão interessante diz respeito à liquidação e execução da sentença de procedência proferida no processo coletivo passivo. Tratando-se de interesses difusos e coletivos, acredito que não haja maiores especialidades, aplicando-se as regras da liquidação e execução do processo coletivo tradicional. Nos interesses individuais homogêneos, caberá ao autor o ingresso de liquidação individual contra cada um dos indivíduos, sendo nesse momento cabível a discussão da efetiva vinculação do réu à sentença liquidanda. Trata-se de uma liquidação imprópria às avessas, já que não caberá ao autor provar que o réu faz parte do grupo, e sim o contrário. Caso seja possível a execução direta, essa matéria poderá ser alegada como matéria de defesa do indivíduo executado[25].

Ainda mais importante que as questões referentes à revelia, liquidação de sentença e execução, é o exercício da possibilidade de participação do indivíduo do processo coletivo passivo e o exercício de seu *right to opt out*.

No processo coletivo tradicional a possibilidade de intervenção do indivíduo como assistente litisconsorcial vem prevista no art. 94 do CDC, conforme analisado no item 11.4. Considerável doutrina afirma que no processo coletivo passivo também seria possível essa intervenção do indivíduo no polo passivo, e, para que isso ocorrer, deve haver a publicação de editais convocando todos os interessados[26], ou até mesmo uma intimação pessoal quando possível a utilização ampla dos meios de comunicação (*fair disclosure*)[27]. Nada mais do que uma variante do *fair notice* analisado no item 9.4.

Essa comunicação, que ao informar o indivíduo da existência do processo coletivo poderia motivá-lo a participar, também serviria, segundo parcela da doutrina, para permitir que o indivíduo, dentro de um prazo, expressamente

[23] Vigliar, Defendant, p. 317.
[24] Mala, Ação, pp. 151-152.
[25] Mala, Ação, p. 152.
[26] Didier Jr.-Zaneti Jr., Curso, p. 408.
[27] Andrighi, Reflexões, p. 345.

se excluísse da ação coletiva, de forma a ficar desvinculado de seu resultado e efeitos[28]. Trata-se de variante do *right to opt out*, analisado no item 9.4.

Entendo que essa exclusão expressa poderia, ao menos em tese, ser admitida até mesmo para aqueles que defendem uma eficácia *erga omnes* e *pro et contra* da coisa julgada. Nesse caso, a vinculação atingiria a todos os que não se manifestassem expressamente dentro do prazo legal pedindo sua exclusão dos efeitos do processo coletivo passivo, únicos legitimados a se oporem a eventual execução da sentença de procedência. De qualquer forma, seria uma interessante "porta de saída" dos indivíduos, que bem orientados poderiam em massa pedir a exclusão, esvaziando de tal forma a abrangência do processo coletivo passivo a ponto de fazer o autor perder seu interesse em sua continuidade.

Se realmente se pretende uma eficácia *erga omnes* e *pro et contra*, fundada na confiança gerada pela análise de adequada representação do legitimado passivo realizada pelo juiz no caso concreto, entendo que não se deva admitir ao indivíduo o exercício do *right to opt out*.

Não se pode negar que a informação realmente é importante, ampliando-se significativamente a possibilidade de presença dos indivíduos no processo, de forma a otimizar o contraditório e legitimar ainda mais a decisão coletiva. Há, entretanto, um grave problema que aparentemente passa despercebido pela doutrina que enfrenta o tema.

É notória a pouca aplicação prática da permissão de ingresso no processo coletivo estabelecida no art. 94 do CDC. São raros os casos nos quais o indivíduo ingressa como assistente litisconsorcial do autor, pois, nesse caso, conforme analisado no item 11.4, o indivíduo suportará a coisa julgada *pro et contra*, ao passo que, se ficar fora do processo coletivo, a coisa julgada que lhe atinge é a *secundum eventum litis in utilibus*. Raciocinando abstratamente, vale a pena não participar do processo coletivo.

Em um processo coletivo passivo, entretanto, poderá o indivíduo, ainda mais se partir da premissa de que ele seja submetido a qualquer resultado, compreender que não tem nada a perder em participar do processo. Pelo contrário, sua participação poderia, ainda que somente em tese, evitar a procedência do pedido do autor e, consequentemente, seu próprio prejuízo. Essa é a visão otimista, fundada na crença da boa-fé do indivíduo interveniente.

No entanto, como nem tudo são flores, como diria a famosa canção popular, imagine uma hipótese na qual os indivíduos saibam de antemão que não têm qualquer chance de vitória no processo coletivo passivo. Para réus que não têm razão, quanto mais demorar o processo, melhor, pois estarão postergando uma derrota inevitável. Entre sofrer hoje ou amanhã, é próprio do ser humano preferir sofrer amanhã. Se grande parte dos indivíduos – até mesmo orientados pelo réu – ingressar no processo como seus assistentes litisconsorciais, cada qual

[28] Andrighi, Reflexões, p. 345.

com seu advogado constituído, podemos estar nos referindo a um processo com quinhentos, mil, dez mil réus!

Nesse caso, pergunta-se: aplica-se o art. 113, § 1º, do CPC? Limita-se o número de assistentes litisconsorciais do réu? Não há resposta fácil. Ao se aplicar a regra de limitação conhecida como "litisconsórcio multitudinário", fere-se de morte o princípio da isonomia, impedindo definitivamente que alguns indivíduos participem do processo enquanto outros dele poderão participar. Rejeitando-se a aplicação da regra, o processo terá seu procedimento gravemente prejudicado, sendo plausível pensar em um processo extremamente demorado e ainda mais complexo do que geralmente o é.

21.4. AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS ORIGINAIS E DERIVADAS: INDEVIDA CONFUSÃO

Existe na doutrina uma classificação das ações coletivas passivas que adota como critério a existência prévia de um processo coletivo tradicional do qual decorre esse processo coletivo passivo. Seriam originais ou independentes aquelas ações coletivas passivas que não derivam de qualquer outra ação, enquanto seriam derivadas ou incidentes aquelas que decorram de outra ação coletiva[29].

Entendo que exista certa confusão no tocante às chamadas ações coletivas passivas derivadas ou incidentes. Não compreendo como se podem reunir em uma mesma classificação a reconvenção e os embargos à execução, ou ainda a ação declaratória incidental e uma ação rescisória de decisão proferida em processo coletivo. As diferenças entre as situações legitimantes para tais espécies de ação não permitem a indevida reunião em uma mesma espécie de ação coletiva passiva.

Existem algumas ações que se prestam a impugnar decisões proferidas em processo coletivo tradicional, de modo que nessas ações será possível a inversão dos polos do processo coletivo. Tal circunstância se verifica nos embargos à execução, na ação rescisória, na ação anulatória de compromisso de ajustamento de conduta.

Nesses tipos de ações autônomas de impugnação, tenho dificuldade de verificar a existência de uma ação coletiva passiva porque não há, nesses casos, uma situação jurídica passiva como objeto das ações. Seu objetivo é a mera impugnação de uma decisão ou de um termo de ajustamento de conduta, e a simples presença do legitimado coletivo no polo passivo não é o suficiente para caracterizá-las como ações coletivas passivas.

Interessante que a doutrina que nega a existência do processo coletivo passivo diante de nossa atual legislação não veja qualquer problema na admissão dessas ações autônomas de impugnação com o legitimado coletivo no polo passivo[30].

[29] Didier Jr.-Zaneti Jr., Curso, p. 401; Maia, Ação, p. 54.

[30] Mazzilli, Defesa, p. 382.

Na realidade, não há mesmo problema algum porque essas ações não são ações coletivas passivas, mas ações autônomas de impugnação de decisões ou termos de ajustamento de conduta de natureza coletiva.

Bem diferente ocorre com a ação reconvencional e a ação declaratória incidental, que, incidentais a um processo coletivo tradicional, muito provavelmente passam a ter natureza de ação coletiva passiva, desde que, é claro, tenham como objeto uma situação jurídica passiva coletiva, condição que considero indispensável para a existência desse tipo de ação. Naturalmente, portanto, que a doutrina que não admite a ação coletiva passiva rejeite a admissão de reconvenção e ação declaratória incidental em ações coletivas[31], enquanto a doutrina que a admite aceita a existência dessas ações incidentais[32].

Registre-se, por fim, que, mesmo para a corrente doutrinária que admite o processo coletivo passivo, a admissão da reconvenção será extremamente difícil em razão da exigência prevista no art. 343, § 5º, do CPC, que prevê a regra pela qual não pode o réu, em seu próprio nome, reconvir ao autor, quando este demandar em nome de outrem. A leitura apressada do dispositivo legal pode levar o leitor mais desavisado a concluir se tratar de norma referente à *representação processual*, pois quem atua em nome de outrem é representante processual. Essa interpretação, entretanto, tornaria o dispositivo legal absolutamente inútil, considerando-se que o representante não é parte, o que significa que já não tem legitimidade pelo disposto no art. 343, § 5º, do CPC.

A doutrina de forma uníssona empresta utilidade ao artigo legal ao entender tratar-se de hipóteses de *substituição processual* na ação originária, que deverá obrigatoriamente se repetir na ação reconvencional. A regra acaba tornando-se simples: exige-se que os sujeitos tenham na reconvenção a mesma qualidade jurídica com que figuram na ação originária. Se naquela estavam como substitutos processuais (seja no polo ativo ou passivo), da mesma forma deverão figurar na reconvenção. Nas palavras de autorizada doutrina, trata-se do princípio da identidade bilateral, que não é identidade da pessoa física, mas identidade subjetiva de direito[33].

Como se pode notar, ainda que se admita o processo coletivo passivo, haverá no caso concreto uma legitimidade extraordinária também para a reconvenção, o que impedirá a admissão dessa espécie de contra-ataque do réu. O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de inadmitir reconvenção em ação popular com pedido de condenação do autor ao pagamento de dano moral justamente por não estar o autor na ação popular em legitimação ordinária[34].

[31] STJ, 3ª Turma, REsp. 1.051.302-DF, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23.03.2010, *DJe* 28.04.2010; Theodoro Jr., A defesa, p. 11; Pedro Dinamarco, Ação, p. 270.

[32] Bondioli, Reconvenção, pp. 330-331.

[33] Cf. Calmon de Passos, *Comentários*, p. 313; Barbosa Moreira, *O novo*, pp. 44-45.

[34] STJ, 2ª Turma, REsp 72.065/RS, rel. Min. Castro Meira, j. 03.08.2004, *DJ* 06.09.2004, p. 185.

22

PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

Sumário: 22.1. Introdução – 22.2. Decadência: 22.2.1. Mandado de segurança coletivo; 22.2.2. Habilitação individual em sentença coletiva de direito individual homogêneo – 22.3. Prescrição: 22.3.1. (Im)prescritibilidade da pretensão de ressarcimento de danos ao Erário; 22.3.2. Ação popular; 22.3.3. Ação de improbidade administrativa; 22.3.4. Ação civil pública – 22.4. Prescrição da pretensão individual: 22.4.1. Pretensão de conhecimento; 22.4.2. Pretensão executiva.

22.1. INTRODUÇÃO

A prescrição e a decadência são institutos de direito material cuja principal função é a estabilização das relações jurídicas, sancionando aquele que durante certo tempo não atua na tutela de seu direito.

A prescrição é a perda da pretensão, estando associada aos direitos subjetivos-pretensão, nos quais se exige de outrem um determinado comportamento em benefício do titular do direito, enquanto a decadência está ligada aos direitos subjetivos potestativos, nos quais o titular exerce sua vontade independentemente de conduta do sujeito passivo. Dessa forma, a prescrição recai sobre a pretensão e a decadência, sobre o direito material.

Por essa clássica distinção, as pretensões condenatórias veiculam direitos subjetivos-pretensão, de modo a estarem sujeitas à prescrição, enquanto as pretensões constitutivas, que se veiculam aos direitos subjetivos potestativos, estão sujeitas à decadência.

Tratando-se de institutos de direito material, e sendo o presente livro de processo coletivo, as singelas e breves considerações são suficientes para uma mínima compreensão do tema. O interesse maior, naturalmente, não é o estudo da prescrição e da decadência, versadas em manuais e cursos de direito civil, além de obras – clássicas e recentes – específicas sobre o tema. O interesse é analisar como esses dois institutos são aplicáveis na tutela coletiva.

22.2. DECADÊNCIA

22.2.1. Mandado de segurança coletivo

Respeitável doutrina entende que o prazo decadencial de 120 dias para a propositura do mandado de segurança – tanto individual como coletivo – é inconstitucional, considerando que, enquanto houver necessidade de tutela de direito líquido e certo, deveria ser possível ao interessado ingressar com o mandado de segurança[1]. Existe até ação direta de inconstitucionalidade (ADIn 4.296) nesse sentido.

Não é esse, entretanto, o entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, que inclusive já sumulou a constitucionalidade desse prazo[2], em posição confirmada mais uma vez pelo legislador, ao prever, no art. 23 da Lei 12.016/2009, a regra já existente no revogado art. 18 da Lei 1.533/1951. A meu ver, a norma não traz a solução mais adequada, mas está longe de ser inconstitucional, porque não afasta o direito de ação da parte, apenas não permitindo mais o procedimento sumário documental do mandado de segurança, transcorrido o prazo de 120 dias[3].

O dispositivo legal não menciona expressamente o mandado de segurança contra omissão continuativa, tudo levando a crer que continuará a imperar o entendimento já consagrado nos tribunais superiores pela não aplicação do prazo de 120 dias, quando o mandado de segurança tiver como objeto um ato omissivo continuado, considerando-se que, nesse caso, o prazo de impetração do *mandamus* se renova mês a mês[4].

Nem todo mandado de segurança fundado em omissão, entretanto, escapará do prazo decadencial, sendo indispensável para que isso ocorra que a omissão seja reiterada mês a mês. Segundo correto entendimento do Supremo Tribunal Federal, havendo a omissão para a prática de determinado ato específico, o prazo decadencial de 120 dias do mandado de segurança terá início no vencimento do prazo legal para a prática do ato cuja ausência se busca impugnar por meio do mandado de segurança[5].

Também há entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que não se opera a decadência em mandado de segurança preventivo[6], como ocorre no pedido de obtenção de declaração de direito à compensação tributária[7].

[1] Scarpinella Bueno, *A nova*, n. 62, p. 144; Marinoni-Arenhart, *Procedimento*, p. 240.

[2] Súmula 632/STF: "É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança".

[3] Medina-Araújo, *Mandado*, p. 227.

[4] STF, 2ª Turma, RMS 24.736 EDcl/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 14.09.2010, *DJe* 08.10.2010; STJ, 2ª Turma, REsp 1.424.563/DF, rel. Min. Humberto Martins, j. 04/02/2016, *DJe* 12/02/2016; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.158.348/AM, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 28/04/2015, *DJe* 11/05/2015.

[5] STF, 1ª Turma, RMS 26.881/DF, rel. Min. Carlos Britto, j. 20.05.2008, *DJe* 07.11.2008.

[6] STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 584.431/GO, rel. Min. Humberto Martins, j. 06/11/2014, *DJe* 17/11/2014; STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.165.663/MT, rel. Min. Jorge Mussi, j. 25/02/2014, *DJe* 10/03/2014; STJ, 1ª Seção, MS 13.448/DF, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 22/05/2013, *DJe* 31/05/2013.

[7] STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.128.892/MT, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 05.10.2010, *DJe* 14.10.2010.

Segundo entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça[8] e amplamente majoritário na doutrina[9], o prazo de 120 dias tem natureza decadencial, não se suspendendo ou se interrompendo após seu início. Doutrina minoritária considera que o prazo não é decadencial, porque o direito material tutelável pelo mandado de segurança poderá ser objeto de pretensão jurisdicional por meio de ação pelo rito comum. Para essa corrente doutrinária, a natureza do prazo de 120 dias é processual, gerando tão somente preclusão[10].

22.2.2. Habilitação individual em sentença coletiva de direito individual homogêneo

Nos termos do art. 100 do CDC, na hipótese de sentença condenatória em ação coletiva que versar sobre direito individual homogêneo, não ocorrendo no prazo de um ano do trânsito a habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 e deverá o Ministério Público promover a liquidação e execução da indenização devida. Trata-se da chamada execução por *fluid recovery*.

Para determinada corrente doutrinária, o dispositivo prevê um prazo decadencial, de modo que os indivíduos que não se habilitarem no prazo legal perdem seu direito material de crédito, e não mais poderão cobrar, sob nenhuma forma processual, o prejuízo suportado pelo ato ilícito. Conforme já defendido no item 16.4.2, nada está a indicar ser essa a melhor interpretação. Na realidade, seria mesmo estranha previsão de prazo decadencial tão estreito em prejuízo do consumidor e, por consequência do microssistema coletivo, de todos os titulares não consumeristas de direito individual homogêneo. Paradoxal, para dizer o mínimo, a criação de uma regra de prazo exíguo em detrimento de todo o espírito do Código de Defesa do Consumidor e do microssistema coletivo.

O prazo, portanto, não é prescricional nem decadencial, mas apenas processual, habilitando após seu vencimento o ingresso da execução por *fluid recovery*, sem prejuízo das execuções individuais oferecidas dentro do prazo prescricional de 5 anos[11].

A concomitância de execuções individuais após o decurso do prazo de um ano previsto pelo dispositivo ora comentado e a execução *fluid recovery* não constituem *bis in idem*, conforme já afirmado no item 16.4.2. Sendo as primeiras individuais, já que oferecidas em benefício dos indivíduos lesionados pelo ato ilícito, e a segunda coletiva, em benefício da coletividade, não parece correto inviabilizar tal concorrência com a alegação de vedação ao *bis in idem*.

[8] STJ, 2ª Turma, MS 31.993 AgR/DF, rel. Min. Dias Toffoli, j. 10/11/2015, *DJe* 15/12/2015; 2ª Turma, AgRg no REsp 1.492.050/SP, rel. Min. Assusete Magalhães, j. 23/06/2015, *DJe* 01/07/2015; STJ, 6ª Turma, RMS 23.324/PR, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 23/10/2014, *DJe* 10/11/2014.

[9] Meirelles-Wald-Mendes, *Mandado*, p. 61; Menezes de Direito, *Mandado*, p. 81; Almeida, *Manual*, p. 490.

[10] Marinoni-Arenhart, *Procedimento*, p. 240.

[11] Leonel, Manual, 5.23.9, p. 394; Abelha Rodrigues-Klippel, Comentários, pp. 156-157.

22.3. PRESCRIÇÃO

22.3.1. (Im)prescritibilidade da pretensão de ressarcimento de danos ao Erário

As ações coletivas têm relevância indiscutível na proteção do patrimônio público, até mesmo, e em especial, na reparação de danos suportados pelo Erário. A tutela do patrimônio público, inclusive, é comum a todas as espécies de ação coletiva, podendo ser veiculada em ação popular, ação civil pública, ação de improbidade administrativa e mesmo mandado de segurança coletivo. O tema, portanto, é de interesse comum a todas essas ações coletivas.

É prescritível a pretensão de ressarcimento de danos ao Erário? Segundo o art. 37, § 5º, da CF, "A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento". A interpretação desse dispositivo constitucional responderá à pergunta formulada.

Para corrente doutrinária minoritária, a pretensão ora analisada prescreve como outra qualquer, e, sendo veiculada por meio de uma ação coletiva, seu prazo prescricional é de 5 anos. O principal fundamento utilizado por essa parcela da doutrina é a inexistência de previsão expressa de imprescritibilidade no dispositivo ora analisado, ressaltando que o legislador constituinte, quando pretendeu excepcionar a regra da prescrição, o fez de maneira expressa, como ocorreu no art. 5º, XLII e XLIV, da CF[12].

A doutrina majoritária, entretanto, reconhece que a única intepretação possível do art. 37, § 5º, da CF, independentemente do método adotado, é pela imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento de danos suportados pelo Erário[13]. Também foi historicamente nesse sentido o entendimento consolidado dos tribunais superiores[14]. Ocorre, que, de forma surpreendente, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento de recurso extraordinário repetitivo, mudou o entendimento consagrado e decidiu pela prescrição em 5 anos para a ação de reparação de danos suportados pelo Erário[15].

22.3.2. Ação popular

Conforme expressa previsão do art. 21 da Lei 4.717/1965, o prazo prescricional da ação popular é de 5 anos.

[12] Pazzaglini Filho, Lei, p. 237; Cruz, Comentários, p. 412; Nery-Nery, CF comentada, p. 359; Grinover, Ação, p. 33.

[13] Carvalho Filho, Manual, pp. 1.014-1.015; Didier Jr.-Zaneti Jr., Curso, p. 286; Andrade-Masson-Andrade, Interesses, p. 741; Decomain, Improbidade, p. 392; Gajardoni, Direitos I, p. 159; Ferraresi, Improbidade, p. 237; Garcia-Alves, Improbidade, n. 82, pp. 519-520.

[14] STF, 1ª Turma, AI 712.435 AgRg/SP, rel. Min. Rosa Weber, j. 13.03.2012, *DJe* 12.04.2012; STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 76.985/MS, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 03.05.2012, *DJe* 18.05.2012; STJ, 1ª Turma, AgRg no Ag 1.224.532/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 03.02.2011, *DJe* 10.02.2011.

[15] STF, Tribunal Pleno, RE 669.069/MG, rel. Min. Teori Zavascki, j. 03/02/2016 (Recurso extraordinário repetitivo tema 666).

Importante polêmica a respeito do prazo ora comentado é sua natureza jurídica: seria mesmo prescricional, como indicado pelo texto expresso da lei, ou decadencial, devendo a lei nesse tocante ser corrigida pelo intérprete?

Antes de responder ao questionamento é preciso afastar opinião doutrinária minoritária que defende a inconstitucionalidade do art. 21 da Lei 4.717/1965 com fundamento em sua indevida restrição ao exercício da garantia constitucional da ação popular, que não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988[16]. Entendo que o prazo prescricional não seja matéria que deva ser tratada pelo texto constitucional, e sim pela legislação infraconstitucional. Se assim não fosse, todo prazo prescricional seria inconstitucional por limitar o direito constitucionalmente garantido da ação (art. 5º, XXXV, da CF).

Há doutrina que defende a literalidade do dispositivo legal[17], outros que defendem a natureza decadencial e uma posição intermediária, para a qual a pretensão condenatória submete-se a prazo prescricional, enquanto a pretensão desconstitutiva sujeita-se a prazo decadencial[18]. O Superior Tribunal de Justiça, apesar de ter precedente no sentido da natureza decadencial do prazo, afirmando que a pretensão condenatória é uma mera consequência da pretensão desconstitutiva, que, por essa razão, deve prevalecer na determinação da natureza do prazo ora analisado[19], entende de forma tranquila pela natureza prescricional do prazo[20].

Compreendo que se trate o prazo ora analisado como prescricional somente se na ação popular tiver sido formulado pedido de reparação de danos suportados pelo erário. Não se pode descartar a possibilidade de ação popular que tenha como único pedido a anulação do ato administrativo ilícito, até porque nem sempre esse ato gera danos ao erário, podendo ser exclusivamente danoso ao patrimônio público imaterial. Nesse caso, entendo que o prazo continuará a ser de 5 anos, nos termos do art. 21 da Lei 4.717/1965, mas terá natureza decadencial.

Outro aspecto que merece comentário é o termo inicial da contagem desse prazo. A doutrina majoritária parece convergir para dar a data da publicidade do ato lesivo como o momento inicial para a contagem do prazo prescricional[21], sendo também nesse sentido a opinião da jurisprudência[22]. Registre-se nesse tocante posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de entender que o termo inicial da prescrição da pretensão de anular ato administrativo de prorrogação ilegal do contrato de concessão se constitui no encerramento do tempo contratual[23].

[16] Assagra, Manual, p. 401.

[17] Rodrigues, Ações, p. 322.

[18] Didier Jr.-Zaneti Jr., Curso, p. 273; Abelha Rodrigues-Klippel, Comentários, p. 221.

[19] STJ, 2ª Turma, REsp 258.122/PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 27.02.2007, *DJ* 05.06.2007 p. 302.

[20] STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 1.173.874/RS, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 17/03/2015, *DJe* 24/03/2015; STJ, 3ª Turma, EDcl no REsp 1.276.072/PR, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 19/09/2013, *DJe* 24/09/2013.

[21] Ribeiro, Comentários, p. 309; Abelha Rodrigues-Klippel, Comentários, p. 221; Rodrigues, Ações, p. 324.

[22] STJ, 2ª Turma, REsp 693.959/DF, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17.11.2005, *DJ* 01.02.2006 p. 491.

[23] STJ, 1ª Seção, EREsp 1.079.126/RS, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 13.12.2010, *DJe* 06.05.2011.

Entendo que diante da omissão da Lei 4.717/1965, deveria ser aplicado o mesmo termo inicial constante no art. 23 da Lei 8.429/1992 para as ações de improbidade administrativa. Conforme devidamente exposto no item 23.3.3, considerar como termo inicial da ação coletiva que visa tutelar o patrimônio público, como é o caso tanto da ação popular quanto da ação de improbidade administrativa, a data do encerramento do vínculo do agente público que pratica ato ilícito com a Administração Pública evita que tal prazo tenha início em momento no qual o agente público possa influenciar ou mesmo evitar a tomada de medidas contra a ilicitude.

22.3.3. Ação de improbidade administrativa

Há previsão expressa no art. 23 da Lei 8.429/1992 a respeito do prazo prescricional para levar a efeito as sanções previstas no art. 12 da mesma lei.

Apesar de o dispositivo prever entre as penas aplicáveis por sentença de procedência da ação de improbidade administrativa a perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio e o ressarcimento integral dos danos, nesses dois casos não há qualquer natureza sancionatória, tratando-se na realidade de pretensões indenizatórias. Quanto ao tema, o Supremo Tribunal Federal consagrou entendimento no sentido da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de ato doloso de improbidade administrativa.

Para os agentes que exercem mandato, ocupam cargos comissionados ou nomeados para funções de confiança, o prazo prescricional, nos termos do art. 23, I, da LIA é de 5 anos após o término do vínculo com a Administração Pública. Apesar da omissão legal, tal prazo também se aplicará aos servidores temporários[24], aos convocados, requisitados e delegados de função pública[25]. O começo da contagem somente depois do encerramento do vínculo e não da data do fato justifica-se porque, enquanto vinculado à Administração Pública, o agente público desonesto poderá obstruir a investigação e com isso impedir ou dificultar a apuração do ato ilícito.

Para os agentes que exercem cargo efetivo ou são empregados, nos termos do art. 23, II, da LIA, o prazo prescricional é o previsto em leis específicas para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público. Novamente o termo inicial é determinado pelo desligamento do agente público da Administração Pública, pelas mesmas razões já expostas quanto ao termo inicial do prazo de 5 anos previsto no inciso I do art. 23 da LIA.

Exercendo o agente cumulativamente cargo efetivo e cargo comissionado, ao tempo do ato reputado ímprobo, o Superior Tribunal de Justiça entende que

[24] Oliveira, Improbidade, 6.2, pp. 99-100.

[25] Ferraresi, Improbidade, p. 240; Sobrane, Improbidade, 9.4.1, pp. 179-180.

deva prevalecer o primeiro, para fins de contagem prescricional, considerando que o vínculo entre agente e Administração Pública não cessa com a exoneração do cargo em comissão, por ser temporário[26].

Nota-se que o diferente tratamento dispensado aos agentes públicos no tocante ao prazo prescricional tem por base a diferente natureza jurídica do vínculo destes com a Administração Pública. Mais precisamente a existência ou não de vínculos duradouros, ausentes nos agentes previstos no primeiro inciso (vínculo temporário) e presentes naqueles indicados no segundo (vínculo permanente).

No tocante ao termo inicial do prazo de 5 anos previsto no art. 23, I, da LIA, se houver a continuidade da gestão administrativa em razão de reeleição do agente político, será contado para fins prescricionais o término do segundo mandato. O mesmo raciocínio aplica-se a mandatos sucessivos de ocupantes de cargos comissionados, quando a contagem do prazo prescricional terá início no término do último exercício[27]. Conforme lembra a melhor doutrina, a eleição para outro cargo, ainda que dentro do mesmo ente federado, é inconfundível com a reeleição, de modo a ser nesse caso contado o prazo do encerramento do primeiro mandato[28].

Outra interessante questão diz respeito ao termo inicial quando a ilicitude envolver diferentes agentes públicos que deixam seus cargos em momentos distintos. Como a manutenção de qualquer um deles vinculado à Administração Pública pode criar embaraços à melhor investigação, inviável a contagem de prazo de forma autônoma para cada um dos agentes. Considero, portanto, mais razoável fixar o prazo inicial apenas quando o último dos agentes públicos envolvidos na ilicitude tem seu vínculo extinto com a Administração Pública[29]. O Superior Tribunal de Justiça ora adota a primeira teoria[30], ora a segunda[31].

Como o inciso II do art. 23 da LIA deixa de prever o prazo prescricional, remetendo as hipóteses concretas às leis específicas, surgem algumas interessantes questões a respeito de sua determinação. Chama especial atenção o art. 142, § 2º, da Lei 8.112/1990, ao dispor que "os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime". O Superior Tribunal de Justiça entende que o prazo prescricional da legislação penal só será aplicado se os fatos também forem apurados em ação

[26] STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 734.807/DF, rel. Min. Herman Benjamin, j. 13/10/2015, *DJe* 18/11/2015; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.500.988/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 12/02/2015, *DJe* 19/02/2015.

[27] STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.510.969/SP, rel. Min. Regina Helena Costa, j. 27/10/2015, *DJe* 11/11/2015; STJ, 2ª Turma, REsp 1.179.085/SC, rel. Min. Eliana Calmon, j. 23.03.2010, *DJe* 08.04.2010.

[28] Oliveira, Improbidade, 6.1, p. 99.

[29] Ferraresi, Improbidade, p. 242.

[30] STJ, 1ª Turma, REsp 1.071.939/PR, rel. Min. Francisco Falcão, j. 02.04.2009, *DJe* 22.04.2009.

[31] STJ, 2ª Turma, REsp 1.088.247/PR, rel. Min. Herman Benjamin, j. 19.03.2009, *DJe* 20.04.2009.

penal[32], entendendo ainda que tal prazo tomará como base a pena concretamente aplicada.

Como se pode notar da mera leitura do dispositivo ora analisado, o legislador se limitou a prever o prazo prescricional para o agente público, não fazendo qualquer menção a terceiros que tenham concorrido e/ou se beneficiado pelo ato de improbidade administrativa. Ainda que não se possa aplicar a esse sujeito a pena da perda do cargo ou função, as demais penas são a ele totalmente aplicáveis e naturalmente prescritíveis, apesar da omissão legal, além de sua condenação a ressarcir o erário.

Há basicamente três correntes doutrinárias a respeito do tema. A doutrina majoritária entende que se deve estender ao particular o prazo prescricional aplicável ao agente público no caso concreto, considerando que o ilícito seria impossível sem sua presença. É nesse sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça[33]. Outra corrente defende a aplicação da regra geral presente no Código Civil, ou seja, o prazo de 10 anos previsto no art. 205 do CC[34]. Por fim, uma terceira corrente defende que omissão seja suprida pela aplicação analógica da legislação administrativa, que normalmente prevê o prazo prescricional de 5 anos[35].

22.3.4. Ação civil pública

Não há qualquer previsão expressa a respeito da prescrição da ação civil pública na Lei 7.347/1985, mas tal omissão não é suficiente para permitir a conclusão de doutrina minoritária de não existir prescrição para a propositura de tal espécie de ação coletiva[36].

Na realidade parece indiscutível que existe prescrição, salvo na pretensão de reparação de danos ao Erário, conforme analisado no item 22.3.1, e na hipótese de lesão ao meio ambiente, considerando-se não só sua natureza indisponível, mas em especial sua relevância para a própria sobrevivência da pessoa humana. Conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, a tutela ao dano ambiental protege bem jurídico que antecede a todos os demais direitos, já que sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, tampouco lazer[37].

Registre-se, entretanto, que a cobrança de multa aplicada em virtude da infração administrativa ao meio ambiente é de 5 anos, nos termos do art. 1º do

[32] STJ, 1ª Seção, MS 15.462/DF, rel. Min. Humberto Martins, j. 14.03.2011, *DJe* 22.03.2011; STJ, 3ª Seção, MS 12.666/DF, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 23.02.2011, *DJe* 10.03.2011.

[33] STJ, 2ª Turma, REsp 1.433.552/SP, rel. Min. Humberto Martins, j. 25/11/2014, DJe 05/12/2014; STJ, 1ª Turma, REsp 1.405.346/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, rel. p/ acórdão Min. Sérgio Kukina, j. 15/05/2014, *DJe* 19/08/2014.

[34] Carvalho Filho, Manual, p. 1.015.

[35] Oliveira, Improbidade, 6.4, p. 107.

[36] Sobrane, Improbidade, 9.6, p. 198.

[37] STJ, 2ª Turma, REsp 1.120.117/AC, rel. Min. Eliana Calmon, j. 10.11.2009, *DJe* 19.11.2009.

Decreto 20.910/1932, conforme entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça[38].

Salvo as duas exceções descritas, a questão não diz respeito à existência ou não de prescrição, mas sim a qual o seu prazo. Seria resolvida a omissão legal com a aplicação do microssistema coletivo ou o mais adequado é se socorrer dos prazos prescricionais previstos no Código Civil?

São inúmeras as decisões do Superior Tribunal de Justiça aplicando o microssistema coletivo para concluir que o prazo prescricional da ação civil pública é de 5 anos, em razão da aplicação subsidiária do art. 21 da LAP[39].

Há corrente doutrinária[40], entretanto, inclusive amparada em julgamento – aparentemente isolado – do Superior Tribunal de Justiça[41], no sentido de somente aplicar subsidiariamente o prazo de 5 anos previsto no art. 21 da Lei 4.717/1965 à ação civil pública a direitos materiais tuteláveis pela ação popular. Nessa linha de raciocínio, naqueles direitos materiais, que só podem ser tutelados pela ação civil pública, deve-se buscar o prazo prescricional fora do microssistema, mais precisamente no Código Civil ou outros diplomas legais que prevejam tal prazo, como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor.

Em recente precedente da mesma 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça defendeu-se expressamente o overruling da jurisprudência do tribunal para que se entenda ser exclusiva da ação popular o prazo prescricional de 5 anos, não havendo, portanto, prazo prescricional para a propositura de ação civil pública[42].

22.4. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO INDIVIDUAL

22.4.1. Pretensão de conhecimento

Conforme já devidamente analisado no item 6.6, é possível que existam direitos individuais correlatos a direitos difusos e coletivos, ou seja, é possível a pluralidade de direitos de diferentes naturezas decorrentes de uma mesma situação fático-jurídica. Por outro lado, o direito individual homogêneo resulta da soma de direitos individuais de origem comum, ficando ainda mais clara a correlação de uma ação coletiva que veicula esse tipo de direito e as pretensões individuais.

Como a coisa julgada *secundum eventum litis in utilibus* permite aos indivíduos o aproveitamento do resultado favorável do processo coletivo, independentemente da espécie de direito material tutelado, e uma das grandes vantagens da

[38] STJ, 2ª Turma, REsp 1.225.489/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 22.02.2011, *DJe* 04.03.2011.

[39] STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 1.173.874/RS, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 17/03/2015, *DJe* 24/03/2015; STJ, 3ª Turma, EDcl no REsp 1.276.072/PR, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 19/09/2013, *DJe* 24/09/2013; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.185.347/RS, rel. Min. Humberto Martins, j. 17.04.2012, DJe 25.04.2012.

[40] Gajardoni, Direito I, p. 161; Scarpinella Bueno, Curso, v. 2, t. III, pp. 246-247.

[41] STJ, 3ª Turma, REsp 995.995/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.08.2010, *DJe* 16.11.2010.

[42] STJ, 3ª Turma, REsp 1.736.091/PE, rel. Min. Nancy Andrigui, j. 14/05/2019, DJe 16/05/2019.

ação coletiva é a diminuição do número de processos, em nítido atendimento ao princípio da economia processual sob a ótica macroscópica, não vejo razão para exigir do indivíduo a propositura de ação individual na pendência de ação coletiva que pode lhe aproveitar[43].

A exigência fica ainda mais sem sentido quando analisada à luz do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de obrigar a suspensão do processo individual quando existir em trâmite um processo coletivo que pode aproveitar o autor individual, conforme analisado no item 9.4[44]. Para evitar a prescrição de sua pretensão individual, o sujeito deverá ingressar com um processo que já sabe de antemão que ficará suspenso aguardando o resultado da ação coletiva? É evidente que não tem qualquer sentido uma resposta positiva ao questionamento.

Concordo, portanto, com parcela da doutrina ao elencar a existência de uma ação coletiva como causa suspensiva da prescrição das pretensões individuais que possam ser atendidas no caso de acolhimento do pedido coletivo. Parece-me a única forma de evitar um sem-número de processos individuais que poderão no futuro se mostrar inúteis apenas para impedir o vencimento do prazo prescricional. Essa multiplicidade de processos contraria os mais relevantes e elementares anseios da ciência processual moderna.

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de decidir que a citação na ação coletiva interrompe a contagem do prazo prescricional para as ações individuais, inclusive quando a ação coletiva é julgada por decisão terminativa[45].

22.4.2. Pretensão executiva

Qualquer que seja a natureza do direito reconhecido pela sentença coletiva, é possível seu aproveitamento por indivíduos. Tratando-se a sentença coletiva de direito transindividual, é sempre possível haver direitos individuais correlatos, que tenham sido violados pelo mesmo ato ilícito, e, se tratar de direito individual homogêneo, os titulares dos direitos individuais que, somados, resultaram em tal direito, naturalmente terão interesse em executar a sentença.

Questão interessante concerne ao prazo prescricional para a propositura dessa execução, ou a liquidação de sentença como medida preparatória à execução. O Superior Tribunal de Justiça, aplicando o entendimento consolidado na Súmula 150/STF, entendeu que o prazo prescricional para as execuções individuais da sentença coletiva é o mesmo da ação coletiva, sendo, portanto, de 5 anos[46].

[43] Didier Jr.-Zaneti Jr., Curso, p. 284.

[44] Leonel, Manual, 5.23.8, p. 391.

[45] STJ, 3ª Turma, AgRg nos EDcl no REsp 1.426.620/RS, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 05/11/2015, *DJe* 18/11/2015; STJ, 2ª Turma, REsp 1.449.964/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 05/08/2014, *DJe* 13/10/2014.

[46] STJ, 2ª Seção, REsp 1.273.643/PR, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 27/02/2013, *DJe* 04/04/2013 (Recurso Especial repetitivo tema 515).

O entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça desconsidera a natureza da ação de conhecimento e das execuções, e para ele o relevante para a fixação do prazo prescricional é o prazo previsto em lei para a ação. Entendo justificável o entendimento, ainda que no caso concreto possa representar sério prejuízo ao indivíduo, que, se tivesse em seu favor uma sentença individual, teria, na maioria dos casos, mais do que 5 anos para a propositura da execução.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual coletivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ALVIM, Arruda. Ação civil pública. *RePro*, São Paulo, RT, n. 87, p. 151, jul.-set./1997.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2003. v. I.

_____. Notas sobre algumas das mutações verificadas com a Lei 10.352/2001. *In:* NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2002. v. 6.

ALVIM, Eduardo Arruda. Aspectos do mandado de segurança coletivo. *In:* ALVIM, Eduardo Arruda; RAMOS, Glauco Gumerato; MELO, Gustavo de Medeiros; ARAÚJO, José Henrique Mouta. *O novo mandado de segurança*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. Apontamentos sobre o processo das ações coletivas. *Processo coletivo*.

_____. O MP e a tutela dos interesses individuais homogêneos. *In:* SAMPAIO, Aurisvaldo; CHAVES, Cristiano (coords.). *Estudos de direito do consumidor: tutela coletiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos esquematizado*. São Paulo: Método, 2011.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Reflexões acerca da representatividade adequada nas ações coletivas passivas. *Panorama atual das tutelas individual e coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ANTUNES, Paulo Bessa. O inquérito civil (considerações críticas). *Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Mandado de segurança*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARBEX, Fabricio Cobra. *Comentários à nova lei de defesa da concorrência*. São Paulo: Método, 2012.

ARENHART, Sergio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003.

_____. Decisões estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro. Revista de Processo. v. 225. nov. 2013.

_____. Processo multipolar, participação e representação de interesse concorrentes. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). Processos Estruturais. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

_____. Processos Estruturais no Direito Brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. Disponível em: <http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Decisoes-estruturais.pdf>.

_____; JOBIM, Marco Félix (org.). Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: VITORELLI, Edilson. Processos Estruturais. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

_____; _____. Nem "tudo", nem "nada" – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: OSNA, Gustavo (org.). Processos Estruturais. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. *RePro*, São Paulo, n. 65, p. 45, jan.-mar./1992.

ASSIS, Araken de. Antecipação da eficácia mandamental. *In:* ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (orgs.). *Inovações sobre o Direito Processual Civil: tutelas de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Breve contribuição ao estudo da coisa julgada nas ações de alimentos. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 46, 1989.

_____. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001.

_____. Introdução aos sucedâneos recursais. *In:* NERY JR., Nelson; ALVIM, Tereza Arruda (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Manual da execução*. 13ª ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. Substituição processual. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, Dialética, v. 9, dez./2003.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BASTOS, Fabrício. Curso de Processo Coletivo. Indaiatuba: Foco, 2018.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil interpretado*. Coordenação de Antônio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Direito e processo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BERMUDES, Sérgio. *A reforma do Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Direito Processual Civil – estudos e pareceres*. 3ª série. Saraiva: São Paulo, 2002.

_____. Efeito infringente dos embargos de declaração. *Direito Processual Civil: estudos e pareceres*. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Introdução ao processo civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BONDIOLI, Luiz Guilherme Aidar. *Reconvenção no processo civil*. Saraiva: São Paulo, 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2.

_____. Amicus curiae *no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Repro*, n. 82, ano 21, abr.-jun./1996.

_____. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

_____. _____. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

_____. *Mandado de Segurança: comentários às Leis ns. 1.533/1951, 4.348/1964 e 5.021/1966*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O Poder Público em juízo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. O procedimento especial da ação de improbidade administrativa. *In:* BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo (coords.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros: 2001.

_____. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. *Revista de Processo*, n. 117, pp. 16-17, set.-out./2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. A fase preliminar do procedimento da ação de improbidade administrativa. *In:* OLIVEIRA, Alexandre Albagli; FARIAS, Cristiano Chaves de; GHIGNONE, Luciano Taques (coords.).*Estudos sobre improbidade administrativa – Em homenagem ao Professor J. J. Calmon de Passos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *A nova execução de sentença*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Ação rescisória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais: uma abordagem crítica.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública: um possível primeiro pequeno passo em direção a uma grande reforma. *In:* SOUSA, José Augusto. (org.). *A Defensoria Pública e os processos coletivos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Lições de Direito Processual Civil.* 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo.* 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da sentença civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Da antecipação de tutela.* 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Intervenção de terceiros.* 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Jurisdição e competência.* 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública.* 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Manual de Direito Administrativo.* 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. O processo administrativo de apuração da improbidade administrativa. *In:* OLIVEIRA, Alexandre Albagli; FARIAS, Cristiano Chaves de; GHIGNONE, Luciano Taques (coords.). *Estudos sobre improbidade administrativa – em homenagem ao Professor J. J. Calmon de Passos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil.* 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8.429, de 2 de junho de 1992.* São Paulo: RT, 2011.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COPOLA, Rita. *Improbidade administrativa no Direito brasileiro.* Belo Horizonte: Fórum, 2011.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A indisponibilidade cautelar de bens na ação de improbidade administrativa. *In:* DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; CHIOVITTI, Ana Paula (coords.). *Tendências do moderno processo civil brasileiro – aspectos individuais e coletivos das tutelas preventivas e ressarcitórias (estudos em homenagem ao jurista Ronaldo Cunha Campos).* Belo Horizonte: Fórum, 2008.

COSTA, Susana Henrique da. *Comentários à lei de ação civil pública e lei de ação popular.* São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: ação de improbidade administrativa, ação civil pública e ação popular.* São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CRETELLA JR., José. *Comentários à lei do mandado de segurança: contém comentários à nova Lei do Agravo.* 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CRUZ, Luana Pedroso de Figueiredo. *Comentários à lei de improbidade administrativa – Lei 8.429, de 2 de junho de 1992.* São Paulo: RT, 2011.

CUNHA JR., Dirley da. A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – a intervenção do particular, do colegitimado e do *amicus curiae* na ADIN, ADC e ADPF. *In:* DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins.* São Paulo: RT, 2004.

_____. *Controle concentrado de constitucionalidade.* 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

DALL'AGNOL, Antonio. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: RT, 2000. v. 2.

DALLARI, Adilson de Abreu. Limitações à atuação do MP na ação civil pública. *In:* BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO; Pedro Paulo de Rezende. *Improbidade administrativa.* São Paulo: Malheiros, 2001.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa.* São Paulo: Dialética, 2007.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. Breves considerações sobre o *amicus curiae* na ADIN e sua legitimidade recursal. *In:* DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos Polêmicos e Atuais Sobre os Terceiros no Processo Civil (e Assuntos Afins).* São Paulo: RT, 2004.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil.* 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 1.

_____. *Direito Processual Civil.* 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2005.

_____. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo.* São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Recurso de terceiro: juízo de admissibilidade.* 2ª ed. São Paulo: RT, 2005.

_____; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil.* 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 4.

_____; _____. O mandado de segurança coletivo e a Lei nº 12.016/2009. *In:* ALVIM, Eduardo Arruda; RAMOS, Glauco Gumerato; MELO, Gustavo de Medeiros; ARAÚJO, José Henrique Mouta. *O novo mandado de segurança.* Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____; _____; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). Processos Estruturais. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Aspectos Processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade).* 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

_____; _____; _____. *Curso de Direito Processual Civil.* Salvador: JusPodivm, 2007. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do processo civil.* 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *A reforma da reforma.* 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Ação rescisória contra decisão interlocutória. *A nova era do processo civil.* 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Execução civil.* 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno.* 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil.* São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1.

_____. _____. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 2.

_____. _____. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969. 2º v.

_____. *Intervenção de terceiros.* 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Litisconsórcio.* 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Pedro. *Ação civil pública.* São Paulo: Saraiva, 2001.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Manual do mandado de segurança.* 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

DRAGO, Bruno de Luca, Comentários, p. 307.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ensaios de Direito Processual.* Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FADEL, Sérgio Sahione. *Código de Processo Civil comentado.* 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FARIAS, Bianca Oliveira de; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Apontamentos sobre o compromisso de ajustamento de conduta na Lei de Improbidade Administrativa e no Projeto de Lei da Ação Civil Pública. *In:* BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coords.). *Improbidade administrativa (questões polêmicas e atuais).* São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. _____. _____. *In:* OLIVEIRA, Alexandre Albagli; FARIAS, Cristiano Chaves de; GHIGNONE, Luciano Taques (coords.). *Estudos sobre improbidade administrativa – em homenagem ao Professor J. J. Calmon de Passos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada a ação coletiva. *In:* GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito Processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Direitos Coletivos.* São Paulo: RT, 2007.

_____. *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo – instrumentos processuais coletivos.* Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Do mandado de segurança.* Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Improbidade administrativa.* São Paulo: Método, 2011.

_____. *Improbidade administrativa – Lei 8.429/1992 comentada.* São Paulo: Método, 2011.

_____. *Inquérito civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FERRAZ, Sérgio. Aspectos processuais na lei sobre improbidade administrativa. *In:* BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO; Pedro Paulo de Rezende. *Improbidade administrativa.* São Paulo: Malheiros, 2001.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução.* 2ª ed. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 2ª ed. São Paulo: RT, 2007. v. 4.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Alguns aspectos tópicos da improbidade administrativa. *In:* BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo (coords.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais.* São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Mandado de segurança.* 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FINK, Daniel Roberto. Alternativa à ação civil pública ambiental (reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta). *Ação civil pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos.* 2ª ed. São Paulo: RT, 2002.

FIORE, Edgard. O contraditório no inquérito civil. *Revista dos Tribunais,* São Paulo, RT, n. 811, 2003.

FIORILLO, Celso A tutela jurídica do desporto vinculada ao meio ambiente cultural e o Estatuto de Defesa do Torcedor – Lei nº 10.671/2003. *Revista Brasileira de Direito Ambiental,* v. 7, pp. 29-34, 2006.

FLACH, Daisson. *A nova execução.* Coordenação de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FREIRE JR., Américo Bedê. A natureza jurídica da ação por ato de improbidade administrativa. *In:* OLIVEIRA, Alexandre Albagli; FARIAS, Cristiano Chaves de; GHIGNONE, Luciano Taques (coords.). *Estudos sobre improbidade administrativa – em homenagem ao Professor J. J. Calmon de Passos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil.* 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. I.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Comentários à nova Lei de Mandado de Segurança*. São Paulo: Método, 2009.

_____. *Direitos difusos e coletivos I*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos – as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo. Ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GODINHO, Robson Renault. *A proteção processual dos direitos dos idosos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GOMES JR., Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil coletivo*. 2ª ed. São Paulo: SRS, 2008.

_____; FAVRETO, Rogério. Anotações sobre o projeto da nova lei da ação civil pública: análise histórica e as suas principais inovações. *In:* MOREIRA, Alberto Camina; ALVAREZ, Anselmo Pietro; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coords.). *Panorama atual das tutelas individual e coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____; _____. *Comentários à Lei do mandado de segurança*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. *Da intervenção de terceiros*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Direito Processual Civil brasileiro*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2.

GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. I.

_____. _____. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 2.

_____. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil pública refém do autoritarismo. *O processo – estudos & pareceres*. São Paulo: DPJ, 2006.

_____. A ação popular portuguesa: uma análise comparativa. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

_____. Direito processual coletivo. Disponível em: <http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/grinover_direito_processual_coletivo_principios.pdf>. Acesso em: 7/mar./2012.

_____. Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada nas ações coletivas. *O processo – estudos & pareceres*. São Paulo: DPJ, 2006.

_____. *Novas tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GUERRA, Marcelo Lima. As liminares na reforma do CPC. *In:* WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Liminares*. São Paulo: RT, 1995.

JOBIM, Marco Félix. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais: bases de uma possível construção. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). Processos Estruturais. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

JORGE, Flávio Cheim. *Chamamento ao processo*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999. v. 1.

_____. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2007.

KLIPPEL, Rodrigo; NEFFA JR., José. *Comentários à Lei de Mandado de Segurança*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: RT, 2003.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002.

_____. Pedido e causa de pedir: conexão, litispendência e continência. *In:* GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (orgs.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. *Defensoria pública*. Salvador: JusPodivm, 2010.

LOPES, João Batista. O sujeito passivo no mandado de segurança. *In:* BUENO, Cássio Scarpinella; ARRUDA ALVIM, Eduardo; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001.

LOPES, Mauro Luis Rocha. *Comentários à nova Lei do Mandado de Segurança*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. *Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular*. Coordenação de Susana Henriques da Costa. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Código de Processo Civil interpretado*. 3ª ed. Coordenação de Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2005.

_____; GABBAY, Daniela Monteiro; ALVES, Rafael Francisco; ANDRADE, Tathyana Chaves de. Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas

coletivas (conexão, continência e litispendência). *Tutela Coletiva – 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos – 15 anos do Código de Defesa do Consumidor.* São Paulo: Atlas, 2006.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Tutela antecipada.* 3ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MAIA, Diogo Campos Medina. *Ação coletiva passiva.* Salvador: JusPodivm, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública.* 8ª ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Ação popular.* 4ª ed. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Interesses difusos.* 5ª ed. São Paulo: RT, 2000.

_____. *Manual de direito do consumidor em juízo.* São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Sobre a identificação da autoridade coatora e a impetração contra a lei em tese, nos mandados de segurança. *RePro* 44/74, ano 11, São Paulo, RT, out.-dez./1986.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. O princípio do contraditório como elemento essencial para a formação da coisa julgada material na defesa dos interesses transindividuais. *In:* MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). *Processo Civil Coletivo.* São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MARCATO, Antonio Carlos. Breves considerações sobre jurisdição e competência. *RePro*, São Paulo, n. 66, p. 26, 1992.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela.* 10ª ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. *Novas linhas do processo civil.* 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Sobre o assistente litisconsorcial. *RePro*, São Paulo, v. 58, p. 255, 1990.

_____. *Teoria geral do processo.* São Paulo: RT, 2006.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Direito Processual Civil.* São Paulo: RT, 2009. v. 4.

_____; _____. *Curso de Direito Processual Civil.* São Paulo: RT, 2009. v. 5.

_____; _____. *Curso de processo civil. Execução.* São Paulo: RT, 2007. v. 3.

_____; _____. *Manual do processo de conhecimento.* São Paulo: RT, 2006.

_____; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Código de Processo Civil comentado.* São Paulo: RT, 2010.

MARINS, Victor A. A. Bomfim. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: RT, 2001. v. 12.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil.* Campinas: Millennium, 2000. v. 2.

MARQUES, Silvio. *Improbidade administrativa.* São Paulo: Saraiva, 2010.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes. *O limite da improbidade administrativa.* 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do CPC.* São Paulo: RT, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo.* 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. _____. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Inquérito civil.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. Pontos controvertidos sobre o inquérito civil. *In:* MILARÉ, Edis (coord.). *Ação civil pública. 15 anos.* 2ª ed. São Paulo: RT, 2002.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno.* 11ª ed. São Paulo: RT, 2007.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo.* São Paulo: RT, 2009.

_____; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira; MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ações constitucionais.* 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais.* 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas.* São Paulo: RT, 2002.

_____. *Competência cível da Justiça Federal.* São Paulo: RT, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Na ação do consumidor pode ser inútil a defesa do fornecedor. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, n. 33, pp. 81 e ss., 1990.

MILARÉ, Edis. *Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985: reminiscência e reflexões após dez anos de aplicação.* São Paulo, RT, 1995.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 9.

MORAES, Humberto Peña de; SILVA, José Fontenelle Teixeira da. *Assistência judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado.* 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. *Temas de Direito Processual Civil.* São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. *A conexão de causas como pressuposto da reconvenção.* São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil. *RePro*, São Paulo, n. 81, p. 199, 1996.

_____. A proteção jurídica dos interesses coletivos. *Temas de Direito Processual. 3ª série.* São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Ação civil pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, n. 3, p. 24, 1993.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5.

_____. La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileña). *RePro*, São Paulo, RT, n. 68, 1992.

_____. Notas sobre o problema da efetividade do processo. *Temas de Direito Processual civil.* 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *O novo processo civil brasileiro.* 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Problemas da ação popular. *Revista de direito administrativo*, v. 85, jul.-set./1966.

_____. Processo civil e processo penal: mão e contramão? *Temas de Direito Processual civil.* 7ª série. São Paulo: Saraiva, 2001.

NERY JR., Nelson. *Atualidades sobre o processo civil.* 2ª ed. São Paulo: RT, 1996.

_____. *CF comentada.* 2ª ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto.* 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. I.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal.* 10ª ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Teoria geral dos recursos.* 6ª ed. São Paulo: RT, 2004.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado.* 10ª ed. São Paulo: RT, 2008.

_____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e outros meios de impugnação às decisões judiciais.* São Paulo: RT, 2002. v. 6.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas.* São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Contraditório e matérias de ordem pública. *In:* CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima (orgs.). *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado.* Salvador: JusPodivm, 2007.

_____. *Manual de Direito Processual Civil.* São Paulo: Método, 2009.

_____. _____. 4ª ed. São Paulo: Método, 2012.

_____. *Nova reforma processual civil comentada.* 2ª ed. São Paulo: Método, 2003.

_____. *Preclusões para o juiz: preclusão judicial e preclusão* pro iudicato *no processo civil.* São Paulo: Método, 2004.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Curso básico de processo civil.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional.* 7ª ed. São Paulo: Método, 2012.

NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos. Disponível em: <https://www.academia.edu/37544449/Dos_Lit%C3%ADgios_aos_Processos_Estruturais_pressupostos_e_fundamentos, acessado em 20/09/2019>.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Ações coletivas e as definições de direito difuso, coletivo e individual homogêneo. *In:* MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). *Processo civil coletivo.* São Paulo: Quartier Latin, 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 3, t. II.

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=215>. Acesso em: 28/jul./2012.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional.* Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ORDACGY, André da Silva. Primeiras impressões sobre a Lei 11.448/2007 e a atuação da Defensoria Pública da União na tutela coletiva. *In:* SOUZA, José Augusto Garcia de (coord.). *A defensoria pública e os processos coletivos – comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007.* 2ª tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ORIONE NETO, Luiz. *Processo cautelar.* São Paulo: Saraiva, 2004.

PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança: e outras ações constitucionais típicas.* 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002.

PALHARINI JR., Sidney. *Comentários à Lei do mandado de segurança.* 2ª ed. São Paulo: RT, 2011.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PAULA, Adriano Perácio de. Aspectos da ação civil pública em matéria de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 45, jan.-mar./2003.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal.* 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PEREIRA, Marivaldo de Castro; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A Defensoria Pública perante a tutela dos interesses transindividuais: atuação como parte legitimada ou como assistente judicial. *In:* SOUZA, José Augusto Garcia de (coord.). *A defensoria pública e os processos coletivos – comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007.* 2ª tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PICOLI, Bruno de Lima. Processo estrutural. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/56148/R%20-%20D%20-%20BRUNO%20DE%20LIMA%20PICOLI.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas: primeiras impressões e questões controvertidas. *In:* SOUZA, José Augusto Garcia de (coord.). *A defensoria pública e os processos coletivos – comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007.* 2ª tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Teoria geral do processo civil contemporâneo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____; CÔRTES, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. Revista Eletrônica de Direito Processual. v. XIII. pp. 229-258.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *A competência no processo civil.* São Paulo: RT, 2003.

_____. *Liquidação nas ações coletivas.* São Paulo: Lejus, 1998.

PROENÇA, Luis Roberto. *Inquérito civil.* São Paulo: RT, 2001.

REDONDO, Bruno Garcia; OLIVEIRA, Guilherme Peres de; CRAMER, Ronaldo. *Mandado de segurança.* São Paulo: Método, 2009.

RIBEIRO, Luis Paulo Aliende. *Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular.* Coordenação de Susana Henriques da Costa. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação popular. *Ações constitucionais.* Coordenação de Fredie Didier Jr. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação civil pública. *In:* DIDIER JR., Fredie (org.). *Ações constitucionais.* 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

_____. Ação popular. *Ações constitucionais.* Coordenação de Fredie Didier Jr. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

_____. *Comentários à tutela coletiva.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Manual de execução civil.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

_____. Ponderações sobre a *fluid recovery* do art. 100 do CDC. *In:* MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). *Processo civil coletivo.* São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____; KLIPPEL, Rodrigo. *Comentários à tutela coletiva.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SAMPAIO, José Soares. *Os prazos no Código de Processo Civil.* 5ª ed. São Paulo: RT, 1999.

SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. *Improbidade administrativa.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil.* 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

_____. *Novíssimos perfis do processo civil brasileiro.* Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil.* 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

SÉGUIN, Elida. Defensoria pública e a tutela do meio ambiente. *In:* Souza, José Augusto Garcia de (coord.). *A defensoria pública e os processos coletivos – comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007.* 2ª tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SHIMURA, Sérgio Seiji. A execução da sentença na reforma de 2005. *In:* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução 3.* São Paulo: RT, 2006.

_____. *Arresto cautelar.* 2ª ed. São Paulo: RT, 1997.

_____. *Título executivo.* 2ª ed. São Paulo: Método, 2005.

_____. *Tutela coletiva e sua efetividade.* São Paulo: Método, 2006.

SIDOU, J. M. Othon. Habeas corpus, *mandado de segurança, mandado de injunção,* habeas data, *ação popular.* 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Ação Popular.* 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Luiz Mônaco da. *Inquérito civil.* Bauru: Edipro, 2000.

SILVA, Ovídio Baptista da. A "antecipação" da tutela na recente reforma processual. *In:* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). *Reforma do Código de Processo Civil.* São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: RT, 2000. v. 1.

_____. *Do processo cautelar.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo.* 3ª ed. São Paulo: RT, 2002.

SOBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada.* São Paulo: Atlas, 2010.

SODRÉ, Eduardo. Mandado de segurança. *Ações constitucionais.* Coordenação de Fredie Didier Jr. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

SOUSA, José Augusto Garcia de. A nova Lei 11.448/2007, os escopos extrajurídicos do processo e a velha legitimidade da Defensoria Pública para as ações coletivas. *In:* SOUZA, José Augusto Garcia de (coord.). *A defensoria pública e os processos coletivos – comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007.* 2ª tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA, Moutari Ciocchetti de. *Ação civil pública e inquérito civil.* 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SPADONI, Joaquim Felipe. Assistência coletiva simples: a intervenção dos substituídos nas ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos. *In:*

DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins.* São Paulo: RT, 2004.

_____. Fungibilidade das tutelas de urgência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 28, 2003.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão.* São Paulo: RT, 2005.

TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova lei antitruste brasileira.* Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TAVARES, André Ramos. *Manual do novo mandado de segurança.* São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Tratado da arguição de preceito fundamental.* São Paulo: Saraiva, 2001.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil.* São Paulo: RT, 2001.

THEODORO JR., Humberto. A defesa nas ações do Código do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, ano 87, v. 751, maio/1998.

_____. *As novas reformas do Código de Processo Civil.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Curso de Direito Processual Civil.* 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.

_____. *O mandado de segurança.* Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Processo de execução e cumprimento de sentença.* 25ª ed. São Paulo: Leud, 2008.

_____. *Tutela jurisdicional de urgência.* Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

TOSTA, Jorge. *Do reexame necessário.* São Paulo: RT, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ação monitória.* 2ª ed. São Paulo: RT, 1997.

_____. Código do Consumidor e processo civil. *RT*, n. 671, set. 1991.

_____. *Devido processo legal e tutela jurisdicional.* São Paulo: RT, 1993.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. A fungibilidade na tutela de urgência (uma reflexão sobre o art. 273, § 7.º, do CPC). *RePro*, São Paulo, n. 112, p. 72, 2003.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo.* São Paulo: Malheiros, 2007.

VICENZI, Brunela Vieira de. Competência funcional – distorções. *RePro*, São Paulo, n. 105, pp. 280-281, 2002.

VIEIRA, Fernando Grella. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta. *In:* MILARÉ, Édis. *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos.* São Paulo: RT, 2001.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública.* 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. Ação civil pública ou ação coletiva? *Ação civil pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos.* 2ª ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. Defendant class action *brasileira: limites propostos para o Código de Processos Coletivos. Tutela Coletiva – 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do fundo de defesa de direitos difusos – 15 anos do Código de Defesa do Consumidor.* São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Tutela jurisdicional coletiva.* São Paulo: Atlas, 2001.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença civil: liquidação e cumprimento.* 3ª ed. São Paulo: RT, 2006.

_____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil.* 2ª ed. São Paulo: RT, 2002.

_____; _____; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 3.* São Paulo: RT, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Litispendência em ações coletivas. *In:* MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (orgs.). *Processo civil coletivo.* São Paulo: Quartier Latin, 2005.

WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.* 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II.

_____. *Direito Processual comparado – XIII World Congress of Procedural Law.* Organização de Ada Pellegrini Grinover e Petrônio Calmon. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízo rescindente e rescisório.* São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Competência no Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003). Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 12/maio/2005.

ZANELLATO, Marco Antonio. Sobre a defesa dos interesses individuais homogêneos dos consumidores pelo Ministério Público. *In:* SAMPAIO, Aurisvaldo; CHAVES, Cristiano (coords.). *Estudos de direito do consumidor: tutela coletiva.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ZANETI JR., Hermes. *Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais controversos.* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela.* 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Processo de execução: parte geral.* 3ª ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Processo coletivo – Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.* 4ª ed. São Paulo: RT, 2009.